

RECURSO DE APELACION - Segunda instancia / RECURSO DE APELACION / Límites / RECURSO DE APELACION ADHESIVA - Análisis

Habría lugar a estudiar la totalidad de los extremos de la controversia, siempre y cuando el recurso de apelación hubiera comprendido a todos los sujetos procesales intervinientes en el caso concreto. De modo que, se analizará la responsabilidad de todas las entidades demandadas, incluidas las absueltas en la sentencia de primera instancia –por ser un aspecto que es desfavorable al demandante - así como la responsabilidad del Hospital la Misericordia del municipio de Yalí E.S.E., quien considera que su actuar fue diligente y cuidadoso, razón por la cual no debió ser declarado responsable. No se efectuará ningún pronunciamiento respecto a los llamados en garantía, se insiste, puesto que su responsabilidad no quedó comprendida dentro de los extremos fijados anteriormente, ya que los demandantes no ostentan ninguna relación jurídica con aquéllos. De modo que, la Sala con esa delimitación del marco de competencia respeta su jurisprudencia en relación con el ámbito de conocimiento del recurso de apelación, de forma tal que en el caso concreto se definirá la responsabilidad del Hospital de la Misericordia –tópico específicamente apelado por la mencionada entidad - así como todos los aspectos desfavorables de la sentencia de primera instancia en relación con la parte actora, de acuerdo con el contenido y alcance de la apelación adhesiva que fue interpuesta.

NOTA DE RELATORIA: Frente a al contenido y alcance de la institución de la apelación adhesiva, la Sala reitera los planteamientos contenidos en sentencia del 1º de octubre de 2008, exp. 17070

INDEBIDA VINCULACION AL PROCESO DEL MUNICIPIO DE YALI - Notificación de la admisión de la demanda a persona distinta a la que fue demandada / DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA - Falta de legitimación en la causa por pasiva

En relación con el municipio de Yalí, se declarará probada de oficio, de conformidad con la facultad consignada en los artículos 170 del C.C.A. y 306 del C.P.C. –disposición esta última aplicable en virtud de la integración normativa del artículo 267 del C.C.A. - la excepción formal establecida en el numeral 12 del artículo 97 del C.P.C. que establece: “El demandado, en el proceso ordinario y en los demás en que expresamente se autorice, dentro del término de traslado de la demanda podrá proponer las siguientes excepciones previas: “(...) 12. Haberse notificado la admisión de la demanda a persona distinta a la que fue demandada.” Entonces, si bien la entidad territorial de conformidad con el inciso final del artículo 143 del C.C.A., pudo reponer el auto admisorio de la demanda para que fuera excluido del litigio, en virtud de la indebida notificación que se le hizo extensiva de forma irregular por el notificador, lo cierto es que el juez cuenta con competencia para declarar probada la excepción en sede del respectivo fallo. En consecuencia, a diferencia de la falta de legitimación en la causa –que fue la excepción que encontró probada el *a quo* - en esta ocasión se decretará probado el mecanismo exceptivo contenido en el mencionado numeral 12, puesto que la demanda nunca se dirigió contra el municipio de Yalí. En otros términos, la razón para excluir el estudio de fondo de la responsabilidad de la citada entidad territorial no radica en establecer si le existe o no interés en el derecho que se debate en el proceso, sino porque no fue vinculado en el libelo demandatorio. De otra parte, se confirmará la decisión del Tribunal de primera instancia de declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Antioquia, toda vez que el Hospital la Misericordia de Yalí E.S.E., de conformidad con el Acuerdo No. 004 del 27 de mayo de 1994 del Concejo Municipal de Yalí, está organizado

como una empresa social del estado, con personería jurídica con autonomía financiera y administrativa.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 143 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 170 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 267 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 97.12 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 306

LEGITIMACION EN LA CAUSA - Hospital de la Misericordia de Yalí / LEGITIMACION EN LA CAUSA PASIVA Y ACTIVA - Noción. Definición. Concepto / FALTA DE LEGITIMACION MATERIAL EN LA CAUSA POR ACTIVA O POR PASIVA Y LA EXCEPCION DE FONDO - Diferencias

Si bien es posible que para la fecha de los hechos, esto es el año 1992, el Hospital la Misericordia no contara con personería jurídica, lo cierto es que antes de la presentación de la demanda –de manera concreta en mayo de 1994 - adquirió esa condición, razón por la que se volvió sujeto de derechos y obligaciones, circunstancia por la cual los daños que le fueran imputables por sus acciones u omisiones le son directamente atribuibles, pues es la entidad que cuenta con legitimación en la causa para discutir el interés que se debate en el proceso. En efecto, la legitimación en la causa constituye un presupuesto procesal para obtener decisión de fondo. En otros términos, la ausencia de este requisito enerva la posibilidad de que el juez se pronuncie frente a las súplicas del libelo petitorio. Por consiguiente, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que éstas no hayan demandado o que hubieren sido demandadas. De allí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo (...) la legitimación en la causa por pasiva supone la verificación de que quien es demandado tenga la titularidad para defender el interés jurídico que se debate en el proceso y, por lo tanto, sin importar si son o no procedentes las pretensiones elevadas –lo que supondrá efectuar un análisis de fondo de la controversia a la luz del derecho sustancial - sí sea el llamado a discutir su procedencia dentro del trámite judicial. En consecuencia, la legitimación en la causa no se identifica con la titularidad del derecho sustancial sino con ser la persona que por activa o por pasiva es la llamada a discutir la misma en el proceso. Así las cosas, se itera, la decisión de declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva se encuentra establecida respecto del Departamento de Antioquia, razón por la que se confirmará.

NOTA DE RELATORIA: En relación con la diferencia entre falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva y la excepción de fondo, consultar sentencia del 31 de octubre de 2007, exp. 13503. Sobre noción de legitimación en la causa activa y pasiva, ver sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. 10973

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Cláusula general de responsabilidad / DAÑO ANTIJURIDICO - Noción. Definición. Concepto / DAÑO ANTIJURIDICO - Características

Para que se declare la responsabilidad de la administración pública es preciso que se verifique la configuración de los dos elementos o presupuestos de la misma, según la disposición constitucional que consagra la institución jurídica, esto es, el artículo 90 superior, en consecuencia, es necesario que esté demostrado el daño antijurídico, así como la imputación fáctica y jurídica del mismo a la administración

pública. El daño antijurídico a efectos de que sea resarcible, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente –que no se limite a una mera conjetura–, y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido el ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar o debatir el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria. La antijuricidad del daño va encaminada a que no sólo se constate la materialidad y certidumbre de una lesión a un bien o interés amparado por la ley, sino que, precisamente, se determine que la vulneración o afectación de ese derecho contravenga el ordenamiento jurídico, en tanto no exista el deber jurídico de tolerarlo. De otro lado, es importante precisar que la antijuricidad del daño no se relaciona con la legitimidad del interés jurídico que se reclama. En otros términos, no constituyen elementos del daño la anormalidad, ni la acreditación de una situación jurídica protegida o amparada por la ley; cosa distinta será la determinación de si la afectación proviene de una situación ilícita, caso en el que no habrá daño antijurídico pero derivado de la ilegalidad de la conducta.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90

CONFIGURACION DEL DAÑO ANTIJURIDICO - Elementos. Ingredientes / CONFIGURACION DEL DAÑO ANTIJURIDICO - Muerte de ciudadano por bala perdida

El daño antijurídico es el principal elemento sobre el cual se estructura la responsabilidad patrimonial de la administración pública, a la luz del artículo 90 de la Carta Política, entidad jurídica que requiere para su configuración de dos ingredientes: i) uno material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho o fenómeno físico o material (v.gr. la desaparición de una persona, la muerte, la lesión, etc.) y ii) otro formal que proviene de la norma jurídica, en nuestro caso de la disposición constitucional mencionada. En este orden, el daño antijurídico no puede ser entendido como un concepto puramente óntico, al imbricarse en su estructuración un elemento fáctico y uno jurídico se transforma para convertirse en una institución deontológica, pues sólo la lesión antijurídica es resarcible integralmente en términos normativos (artículo 16 de la ley 446 de 1998) y, por lo tanto, sólo respecto de la misma es posible predicar consecuencias en el ordenamiento jurídico. Es así como, sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga. En el caso sub examine, se encuentra acreditada la configuración de un daño antijurídico, toda vez que el acta de necropsia practicada al cadáver del señor Alfonso González Medina, al igual que el registro civil de defunción, permiten establecer su deceso, lo que traduce la afectación a un interés legítimo de los demandantes que no se encontraban en el deber jurídico de soportar, esto es, la pérdida de su esposo, padre y abuelo, respectivamente. La anterior alteración negativa es cierta, personal y el ordenamiento no les impone el deber de soportarla. Definida la existencia del daño antijurídico, corresponde establecer, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, si se encuentra o no configurado el segundo elemento de la responsabilidad, esto es, la imputación.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Falla del servicio médico / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Muerte de paciente por bala perdida / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Omisión de prestar oportuna atención al paciente. Remisión del paciente a centro hospitalario de nivel superior / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Configuración

En el caso concreto, el daño deviene imputable única y exclusivamente a la actuación del Hospital la Misericordia de Yalí E.S.E., porque al margen de las limitaciones del servicio médico en sus instalaciones –hospital de primer nivel - era imperativo que se despejara cualquier duda o ambigüedad frente al diagnóstico, máxime si se trataba de un paciente que había sido herido en la cavidad abdominal por un proyectil. En consecuencia, resulta incomprensible que no se hubiere remitido al paciente a un centro médico de nivel superior para que se verificara, a través del empleo de imágenes diagnósticas –de manera concreta de rayos x - si el proyectil que impactó la humanidad del señor González Medina había comprometido o no la integridad de órganos y no sólo de tejidos musculares. La anterior omisión supone un grave desconocimiento a los elementos esenciales de la obligación médica, es decir, a la integralidad, la oportunidad y la identidad, ya que, en efecto, el servicio público de salud no constituye ninguna dádiva del aparato estatal, sino que, por el contrario, representa una actividad de aquellas definidas como esenciales por el constituyente primario, razón por la que el Estado se encuentra obligado a garantizar su prestación de manera eficiente, en aras de proteger y salvaguardar la vida e integridad de las personas. (...)tanto la jurisprudencia constitucional como la contencioso administrativa han reiterado que el desconocimiento al derecho a la salud y, por consiguiente, la falla del servicio en que se incurre cuando se niega su servicio, se consolida en casos como este en la falta de trámites o procedimientos internos que corresponden única y exclusivamente a la propia entidad; por lo tanto, el hecho de someter al paciente y sus familiares a una sinuosa gestión de tener que desplazar a Alfonso González a otro municipio para que se realizaran las radiografías –las cuales, por cierto, por razones desconocidas nunca fueron efectuadas - constituye un flagrante desconocimiento a los derechos fundamentales de Alfonso González Medina. Como se aprecia, la falla del servicio en que incurrió la entidad demandada se encuentra acreditada, ya que, en vez de descartar un diagnóstico a través de la remisión del paciente a otro centro o institución hospitalaria que contara con los elementos de evaluación necesarios, sometió al paciente y a su familia a una serie de gestiones que eran del resorte exclusivo de la entidad. En otros términos, el Hospital la Misericordia de Yalí E.S.E., dejó a cargo del paciente y su núcleo familiar la realización de exámenes que eran definitivos para establecer si la bala perdida que lo hirió había comprometido órganos internos, comportamiento que sin hesitación alguna es reprochable por ser contrario a los deberes impuestos por la ética médica, máxime si se trataba de un paciente que presentaba una herida abdominal irrogada por proyectil de arma de fuego.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular consultar, Corte Constitucional sentencias: T- 136 de 2004; T- 1059 de 2006; T- 062 de 2006; T- 730 de 2007; T- 536 de 2007; T- 421 de 2007; T- 760 del 31 de julio de 2008; T- 635 de 2001; T- 614 de 2003; T- 881 de 2003; T- 1111 de 2003; ;T- 258 de 2004; T- 566 de 2004; T- 1016 de 2006. Consejo de Estado, sentencia del 7 de octubre de 2009, exp. 35656

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Muerte de paciente por bala perdida / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Omisión de prestar oportuna atención al paciente. Remisión del paciente a centro hospitalario de nivel superior / ACTIVIDAD MEDICA - Aplicación del principio de confianza / PERDIDA DE OPORTUNIDAD EN RECUPERAR LA SALUD - No se configuró / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - El daño no es imputable a un error en el acto médico sino a la indebida prestación del servicio de salud / IMPUTACION Y CAUSALIDAD - Diferencia. Reiteración jurisprudencial

La entidad demandada en un claro desconocimiento de los preceptos constitucionales y legales impuso a los demandantes una carga administrativa que no debían soportar, toda vez que el deber de descartar el diagnóstico diferencial correspondía única y exclusivamente a la institución hospitalaria, de conformidad con el principio de confianza. (...)si el hospital no contaba con los elementos o instrumentos necesarios para ello, su obligación era promover la adopción de medidas para garantizar la remisión inmediata del paciente a un centro médico de nivel superior y no cinco días después del lamentable incidente en el que resultó herido el señor González Medina, circunstancia que permitió que la peritonitis se propagara. Y, si bien, el perito mencionó que la evolución clínica del paciente fue atípica, ello no constituía óbice para que el Hospital de la Misericordia de Yalí E.S.E. adelantara todas las gestiones tendientes a la remisión de Alfonso González a una institución hospitalaria que contara con el equipo de rayos x, lo que pudo permitir en su momento efectuar un diagnóstico definitivo, es decir, que el proyectil descerrajado no sólo lesionó la cavidad abdominal sino que también comprometía órganos esenciales. En ese orden de ideas, en el caso concreto se configuró una falla del servicio médico - asistencial, que hace imputable el daño antijurídico en cabeza de la entidad demandada, ya que, de haberse tratado al paciente de forma oportuna, era altamente probable que el resultado final hubiera sido disímil. En consecuencia, el daño no es imputable a un error en el acto médico (diagnóstico o tratamiento), sino a la indebida prestación del servicio de salud, ya que de haberse brindado de manera eficiente se hubiera evitado el resultado lesivo. Por lo tanto, en el caso concreto no se presentó una pérdida de oportunidad para el paciente, sino una falla del servicio integral que afectó –por completo - la prestación del servicio médico asistencial, lo cual, en términos del dictamen pericial que obra en el proceso, habría evitado el deceso del paciente puesto que, en el escenario contrario, la sepsis generalizada –causa científica de la muerte - no se hubiera presentado. (...)el daño es imputable en su totalidad al Hospital la Misericordia porque con su omisión impidió que se suministrara el adecuado e idóneo tratamiento requerido por el paciente. Por lo tanto, si bien en términos causales la muerte la produjo la sepsis generalizada, lo cierto es que en el plano de la imputación el daño es única y exclusivamente atribuible a la institución médica mencionada, toda vez que con su omisión impidió que el lesionado fuera atendido de forma oportuna lo que desencadenó su muerte. En este punto la Sala reitera, una vez más, la insuficiencia del dogma causal en la responsabilidad patrimonial del Estado, pues el mal llamado nexo causal o principio de causalidad es irrelevante para determinar a quién es atribuible un resultado lesivo. En efecto, la salud es un servicio público esencial y un derecho de carácter fundamental prestacional, en principio a cargo del Estado y, por ende, desde el modelo social de derecho que permea nuestro ordenamiento, todas las decisiones políticas o administrativas –al margen del escenario público en que sean proferidas y de los instrumentos jurídicos en que estén contenidas - tendientes a limitar o restringir el acceso de los ciudadanos al efectivo suministro del servicio de salud devienen inconstitucionales y, en consecuencia, en tanto medie un daño antijurídico, imputables en cabeza de la organización pública. (...) la falta de remisión oportuna del paciente González Medina, configuró una falla del

servicio, motivo por el cual habrá lugar a declarar la responsabilidad extracontractual de la demandada en la muerte de aquél.

NOTA DE RELATORIA: En relación con la aplicación del principio de confianza en la actividad médica, consultar sentencia del 20 de mayo de 2009, exp. 16701. Sobre los alcances sociales y nomoárquicos de la obligación médica con una argumentación mutatis mutandis, ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 17 de noviembre de 2011, exp. 1999-00553

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS MORALES - Muerte ciudadano por bala perdida. Omisión de prestar oportuna atención al paciente / ACREDITACION DEL PERJUICIO MORAL - Presunción de dolor en miembros más cercanos del entorno familiar. Aplicación reglas de la experiencia / PERJUICIO MORAL - Abuelos y nietos. Reconocimiento a nietos / TASACION PERJUICIO MORAL - Monto. Pauta jurisprudencial. Facultad discrecional del Juez según su prudente juicio / TASACION PERJUICIO MORAL - Pauta jurisprudencial. Se fija en salarios mínimos legales mensuales vigentes

En relación con el perjuicio moral, la Sala de manera reiterada ha señalado que este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. De allí que, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros, lo cual es constitutivo de un perjuicio moral. En ese orden de ideas, habrá lugar a reconocer, vía presunción de aflicción, perjuicios morales a favor de los demandantes quienes ostentan la condición de padres y hermanos del occiso. Así las cosas, se accederá a los requerimientos elevados en la demanda, motivo por el que los perjuicios morales serán decretados, previa aclaración de que conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral, y ha considerado que la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y con apoyo en el arbitrio juris, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado. (...) Las reglas de la experiencia, y la práctica científica han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo, presunción que se hace extensiva inclusive a los abuelos y nietos, razón por la cual se modificará en este sentido la providencia impugnada para reconocer perjuicios morales a favor de estos últimos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 42

NOTA DE RELATORIA: En relación con la presunción de dolor en el grado de parentesco más cercano, consultar sentencias del 15 de octubre de 2008, exp. 18586, del 13 de agosto de 2008, exp. 17042, y del 1º de octubre de 2008, exp. 27268. Para establecer el monto de la indemnización por perjuicios morales se tendrá en cuenta la pauta jurisprudencial que ha venido sosteniendo la Corporación desde la sentencia de 6 de septiembre de 2001, expedientes números 13232 y 15646, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez, donde se estableció que la tasación de dichos perjuicios se fijará en salario mínimos legales mensuales y ha considerado que la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y con

apoyo en el arbitrio juris, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado.

DAÑO MORAL - No puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto. Reiteración jurisprudencial / TASACION DEL DAÑO MORAL - Aplicación del arbitrio juris / APLICACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - No constituye la herramienta o instrumento jurídico pertinente para la valoración y tasación del perjuicio moral

La Subsección aprovecha esta oportunidad para reiterar la jurisprudencia – acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y de la Sala Plena de la Sección Tercera - sobre la materia, según la cual el daño moral al hacer referencia a la órbita interna del sujeto, no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del arbitrio juris, postulado que se integra a la nomoárquica jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en la reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la esfera u órbita interna y afectiva de la persona. En esa línea de pensamiento, la Subsección con apoyo en los lineamientos conceptuales acogidos de manera sistemática por esta Corporación, considera que el principio de proporcionalidad no constituye la herramienta o instrumento jurídico pertinente para la valoración y tasación del perjuicio moral (...) el uso del principio de proporcionalidad para definir el monto de la indemnización del perjuicio moral es inadecuado, por cuanto el objeto y la finalidad del instrumento mencionado no es útil para introducir objetividad en la reparación del daño moral, máxime si su objeto y finalidad está encaminada a que se solucionen tensiones entre derechos fundamentales y la consonancia de una norma en relación con los mismos.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Noción. Definición. Concepto / SUBPRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Método de ponderación / METODO DE PONDERACION - Elementos de estructuración / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Aplicación jurisprudencial constitucional

El principio de proporcionalidad es un criterio metodológico que permite establecer cuáles son los deberes jurídicos que imponen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Su aplicación se realiza a través de los tres subprincipios mencionados -idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido-, el primero de ellos, se relaciona con que la intervención en los derechos fundamentales debe ser “adecuada” para conseguir un fin constitucionalmente legítimo; el segundo, se refiere a que la medida de intervención debe ser la más “benigna” entre todas las que pueden ser aplicadas, y el tercer y último subprincipio, atañe a las ventajas de la intervención en los derechos fundamentales las cuales deben “compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad”. En el subprincipio de proporcionalidad se desarrolla el método de la ponderación, como un tipo de juicio mediante el cual se determina cuál derecho o principio debe prevalecer en una colisión entre derechos fundamentales o principios. Esta técnica contiene tres elementos que la estructuran y desarrollan: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación. El primero se explica así: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. El segundo elemento hace referencia a una fórmula matemática en la cual se les atribuye a unas variables un valor

numérico que permite calcular el peso de los principios enfrentados. Finalmente, el tercer elemento consiste en las cargas argumentativas que los principios tienen "per se" y se utilizan si con la fórmula del peso existe un empate entre los principios enfrentados. De otro lado, la jurisprudencia constitucional vernácula ha empleado el principio de proporcionalidad, principalmente, para definir la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en la órbita de derechos fundamentales o para definir cuándo existe una vulneración al principio de igualdad.

NOTA DE RELATORIA: Sobre aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional, consultar Corte Constitucional, sentencia C-421 de 2001

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Funcionalidad, manejo y aplicación en sede de tasación del daño moral

El principio de proporcionalidad sirve para solucionar colisiones nomoárquicas o de derechos fundamentales, como quiera que la pugna entre preceptos jurídicos se resuelve a través de los métodos hermenéuticos tradicionales, específicamente con la validez y la concreción de la norma para el caso concreto, tales como que la disposición posterior prevalece sobre la anterior, la especial sobre la general, etc. Ahora bien, como desde la teoría jurídica y la filosofía del derecho, los principios y los derechos fundamentales tienen igual jerarquía constitucional, no es posible que uno derogue o afecte la validez del otro, motivo por el que es preciso acudir a instrumentos como la ponderación o la proporcionalidad para determinar cuál tiene un mayor peso y, por lo tanto, cuál debe ceder frente al otro en casos de tensión o en hipótesis de intervenciones o limitaciones contenidas en las leyes. (...) el manejo del principio de proporcionalidad en sede de la tasación del daño moral no está orientado a solucionar una tensión o colisión de principios o de derechos fundamentales, y menos a determinar la constitucionalidad y legitimidad de una intervención del legislador.

APLICACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Determinación y cuantificación del daño moral. Confunde el arbitrio judicial con la noción de arbitrariedad / COMPENSACION DEL DAÑO MORAL - Aplicación de los principios de arbitrio juris y la equidad

La defensa de la aplicación del principio de proporcionalidad para la determinación y cuantificación del daño moral parte de un argumento que confunde el arbitrio judicial con la noción de arbitrariedad. Y ello no es correcto, puesto que el arbitrio juris ha sido empleado desde la teoría del derecho de daños, de la mano con el principio de equidad, para solucionar problemas como el analizado, esto es, la liquidación del perjuicio moral debido a la imposibilidad de definir el grado de afectación interior o que produce el daño antijurídico. (...) la forma que hasta el momento ha encontrado la doctrina y la jurisprudencia para resarcir –vía compensación - el daño moral es a través de los principios del arbitrio juris y la equidad, razón por la cual la aplicación de un criterio de proporcionalidad o ponderación, lejos está de introducir elementos objetivos que permitan identificar parámetros indemnizatorios con fundamento en el dolor o la aflicción padecida. (...) es posible que por la vía de aplicación de manera incorrecta del principio de proporcionalidad para la liquidación del daño moral, se llegue a introducir criterios subjetivos de valoración del perjuicio por parte del funcionario judicial, tales como la convivencia, toda vez que si bien la misma es un hecho objetivo y apreciable empíricamente, lo cierto es que aquélla no puede constituir un criterio o variable para la cuantificación del perjuicio moral.

NOTA DE RELATORIA: Consultar Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de 18 de septiembre de 2009, exp. 2005-00406. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 17 de noviembre de 1967, exp. 414

ARBITRIO IURIS - Aplicación necesaria para la tasación de perjuicios morales

El arbitrio iuris siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico puesto que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso judicial, razón por la cual queda un margen de maniobra a cargo del operador judicial que, lejos de ser catalogado como arbitrariedad, constituye un campo de discreción racional en el que con fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para colmar esas lagunas o vacíos que están contenidos en la ley. En el presente caso, se decretarán perjuicios morales tasados en salarios mínimos mensuales vigentes para todos los demandantes como quiera obran los registros civiles que dan cuenta de la relación de parentesco que los vincula. En efecto, de estos documentos, la Sala da por probado el perjuicio moral en los actores con ocasión de la muerte de su esposo, padre y abuelo, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que el óbito de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad. En consecuencia, establecer y fijar la condena –en la parte resolutive de la sentencia en salarios mínimos mensuales legales vigentes - no constituye un capricho del juzgador, ni supone el desconocimiento del artículo 178 del C.C.A., norma aplicable única y exclusivamente a las decretadas en sumas líquidas de dinero, es decir, en pesos colombianos, toda vez que esa circunstancia garantiza y permite que al momento del pago –que de conformidad con el artículo 177 del C.C.A. puede estar diferido en el tiempo por aspectos presupuestales - la condena mantenga su actualidad y, por lo tanto, no se altere o afecte en virtud de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Es muy comprensible el temor, el sagrado temor a equivocarse que debe estar siempre presente en la conciencia del juzgador, que asalta al juez para decir, según su convicción personal, la cuantía exacta de la condena por daño moral. En especial, por tratarse de apreciar los sentimientos ajenos, para lo cual, indefectiblemente ha de emplear o le cabe emplear el patrón propio: cada cual juzga y aprecia el sentimiento –dolor - ajeno procurando colocarse en el lugar del otro, con riesgos de conmoverse en demasía o de ser en exceso duro. Empero, es deber del juez superar esas cohibiciones, y cuando se trata de las máximas corporaciones jurisdiccionales, sentar las pautas, inclusive con audacia.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 177 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 178

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración del voto del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., catorce (14) de marzo de dos mil doce (2012)

Radicación número: 05001-23-25-000-1994-02074-01(21859)

Actor: FELISA LLANO DE GONZALEZ Y OTROS

Demandado: HOSPITAL DE LA MISERICORDIA DE YALI Y OTRO

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos, de manera principal, por el Hospital de la Misericordia de Yalí E.S.E. y, de forma adhesiva, por la parte actora, contra la sentencia del 30 de abril de 2001, proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia, Caldas y Chocó, en la que se decidió lo siguiente:

“PRIMERO. DECLÁRASE PROBADA LA EXCEPCIÓN de Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva propuesta por el **MUNICIPIO DE YALÍ (Ant)** y el **SERVICIO SECCIONAL DE SALUD DE ANTIOQUIA**.

“SEGUNDO. NO SE DECLARA RESPONSABLE AL HOSPITAL GENERAL DE MEDELLÍN –LUZ CASTRO DE GUTIÉRREZ–, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

“TERCERO. DECLÁRASE ADMINISTRATIVAMENTE RESPONSABLE AL HOSPITAL LA MISERICORDIA del Municipio de Yalí (Ant.) por la muerte del señor ALFONSO GONZÁLEZ MEDINA ocurrida el 21 de septiembre de 1992, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

“CUARTO. En consecuencia, CONDÉNASE al HOSPITAL LA MISERICORDIA del Municipio de Yalí (Ant.) a pagar por concepto de PERJUICIOS MORALES las siguientes cantidades:

“Para FELISA LLANO Vda. de GONZÁLEZ, (cónyuge) la suma equivalente, en moneda nacional, a mil (1.000) gramos de oro;

“Para RAFAEL DE JESÚS GONZÁLEZ LLANO (hijo) la suma equivalente, en moneda nacional, a mil (1.000) gramos oro;

“Para GUSTAVO DE JESÚS GONZÁLEZ LLANO (hijo) la suma equivalente, en moneda nacional, a mil (1.000) gramos oro;

“Para MIGUEL ÁNGEL GONZÁLEZ LLANO (hijo) la suma equivalente, en moneda nacional, a mil (1.000) gramos oro;

“Para MARÍA TERESA GONZÁLEZ LLANO (hija) la suma equivalente, en moneda nacional, a mil (1.000) gramos oro;

“Para GABRIELA DEL SOCORRO GONZÁLEZ LLANO (hija) la suma equivalente, en moneda nacional, a mil (1.000) gramos oro;

“El valor del gramo oro se establecerá de acuerdo con certificación del Banco de la República al momento de la ejecutoria de esta sentencia.

“QUINTO. CONDÉNASE al HOSPITAL LA MISERICORDIA del Municipio de Yalí (Ant.), a pagar por concepto de PERJUICIOS MATERIALES a la señora FELISA LLANO Vda. de GONZÁLEZ, por concepto de lucro cesante vencido, la suma de DIEZ Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS NUEVE MIL SETENTA Y OCHO PESOS (\$16´409.078) y por concepto de lucro cesante futuro, la suma de UN MILLÓN DOSCIENTOS CINCO MIL SETECIENTOS VEINTIOCHO PESOS (\$1´205.728).

“SEXTO. NIÉGANSE LAS DEMÁS SÚPLICAS DE LA DEMANDA.

“SÉPTIMO. El HOSPITAL LA MISERICORDIA del Municipio de Yalí (Ant.), dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

“OCTAVO. Sin costas.” (fls. 739 a 741 cdno. ppal. 2ª instancia - mayúsculas y negrillas del original).

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y trámite de primera instancia

1.1. En escrito presentado el 2 de septiembre de 1994, los señores: Felisa Llano de González, Rafael Antonio González; Gustavo de Jesús, Miguel Ángel, María Teresa y Gabriela del Socorro González Llano quienes actúan en nombre propio y en representación de sus hijos menores: Jairo Alfonso González Atehortúa, María Alejandra Gómez González, Johan Sebastián Méndez González y Yuli Yoana González Valdéz, por intermedio de apoderado judicial, solicitaron que se declare al Departamento de Antioquia - Servicio Seccional de Salud, al Hospital la Misericordia del municipio de Yalí y al Hospital General de Medellín Luz Castro de Gutiérrez, patrimonialmente responsables de los perjuicios que les fueron

ocasionados con motivo de la muerte de su esposo, padre y abuelo, respectivamente, Alfonso González Medina, ocurrida el 21 de septiembre de 1992 (fls. 18 a 39 cdno. ppal.).

En consecuencia, deprecaron que se condenara a la entidad demandada a pagar: i) por concepto de daños morales la suma de 1.000 gramos de oro para cada uno, y ii) los perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, derivados de la ayuda de que fue privada la señora Felisa Llano de González con la muerte de su esposo. En la demanda se indicó, de forma expresa, que no se reclamaban perjuicios materiales a título de daño emergente (fls. 20 cdno. ppal.).

En apoyatura de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos (fl. 21 a 23 cdno. ppal.):

1.1.1. El 3 de septiembre de 1992, mientras se encontraba en el parque principal del municipio de Yalí, una bala perdida lesionó en el abdomen al señor Alfonso González Medina, circunstancia por la que fue conducido al Hospital la Misericordia de esa localidad, allí fue valorado por el médico de turno, quien le hizo una curación y lo envió a su casa sin haberle practicado ningún tipo de examen diagnóstico.

1.1.2. A los tres días el paciente acudió a la referida institución hospitalaria ya que se sentía en mal estado de salud; de nuevo, se dispuso el regreso a su casa por parte del médico tratante. Con el paso de los días, y ante otra asistencia al hospital mencionado, el galeno advirtió la gravedad del estado del señor González Medina y decidió remitirlo al Hospital General de Medellín Luz Castro de Gutiérrez.

1.1.3. El 11 de septiembre de 1992, el señor Alfonso González Medina ingresó al Hospital General de Medellín Luz Castro de Gutiérrez, donde le diagnosticaron herida por arma de fuego penetrante en el abdomen, y se evidenció –clínicamente - el orificio de entrada y salida en el hipocondrio derecho de cinco días de evolución; al intervenirlos quirúrgicamente se encontraron dos heridas del colon descendente, lo que produjo su deceso diez días después de la primera operación.

1.2. El Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda en auto del 19 de septiembre de 1994, el encargado de surtir la notificación, de forma irregular, se la

hizo extensiva al municipio de Yalí, sujeto que no se encontraba demandado (fl. 41 y 42 cdno. ppal.); el 27 de enero de 1995, se admitieron los llamamientos en garantía del médico Rafael Ignacio Medina y de la Compañía Suramericana de Seguros S.A., solicitados por el Ministerio Público y el Hospital General de Medellín (fls. 264 a 266 cdno. ppal.); en auto del 25 de julio de 1995, se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las solicitadas por las partes y los terceros vinculados al mismo (fls. 288 y 289 cdno. ppal.) y, por último, en proveído del 2 de agosto de 2000, se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 676 cdno. ppal.).

1.3. Las instituciones demandadas y los llamados en garantía se opusieron a las súplicas del libelo demandatorio, en los siguientes términos:

1.3.1. Municipio de Yalí: al margen de que contra esa entidad no se formuló la demanda, se le notificó de manera irregular, lo que generó que la contestara para alegar la falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, en su criterio, el Hospital de la Misericordia de Yalí depende del Servicio Seccional de Salud a cargo del Departamento de Antioquia (fls. 132 a 134 cdno. ppal.).

1.3.2. Departamento de Antioquia - Servicio Seccional de Salud: fundamentó su disenso en la falta de legitimación en la causa por pasiva, pues las entidades hospitalarias demandadas son entes jurídicos independientes, dotadas de personería jurídica y autonomía administrativa. Además, invocó la excepción de inexistencia de la obligación alegada, en tanto resulta inadmisibles que se ordene a la entidad territorial a resarcir unos daños que no irrogó (fls. 137 a 141 cdno. ppal.).

1.3.3. Hospital la Misericordia de Yalí: en su criterio, al paciente se le brindó la atención requerida, razón por la cual el comportamiento de la institución fue diligente y cuidadoso, sin que pueda la parte actora acreditar la configuración de una falla del servicio imputable a la misma (fls. 144 a 149 cdno. ppal.).

1.3.4. Hospital General de Medellín - Clínica Luz Castro de Gutiérrez: señaló que es absurdo e irresponsable, presentar una demanda contra una persona o entidad sin hacer ni una sola referencia concreta a los hechos relacionados con ella que fundamenten la petición de declararla responsable. Precisó que no existe imputación alguna formulada en contra del Hospital General de Medellín, razón por la cual la obligación que se pretende endilgar es inexistente (fls. 163 a 170 cdno. ppal.).

1.3.5. *Doctor Rafael Ignacio Mesa*: en su condición de llamado en garantía por el Ministerio Público, opugnó el escrito de llamamiento, así como la demanda principal. En su criterio, la víctima y sus familiares hicieron caso omiso a las recomendaciones médicas y nunca llevaron a las revisiones el examen radiológico ordenado. En ese orden de ideas, indicó que su actuación fue diligente y cuidadosa. Formuló las excepciones de: i) falta de legitimación en la causa por activa, ii) ausencia de culpa grave o dolo, iii) falta de legitimación en la causa por pasiva, iv) culpa exclusiva de los demandantes (fls. 271 a 279 cdno. ppal.).

1.3.6. *Compañía Suramericana de Seguros S.A.*: fue vinculada al proceso en virtud del llamamiento que formuló el Hospital General de Medellín. Se opuso a las súplicas de la demanda, al considerar que la vinculación solidaria de la mencionada institución hospitalaria es, desde todo punto de vista, improcedente porque en manera alguna su comportamiento comprometió la responsabilidad en los hechos por los cuales se demanda. En ese sentido, invocó las excepciones de: i) falta de nexo causalidad jurídica y ii) hecho de un tercero (fls. 281 a 285 cdno. ppal.).

1.4. Corrido el traslado para alegar de conclusión, intervinieron el Hospital la Misericordia del municipio de Yalí, la parte actora, el llamado en garantía Rafael Ignacio Mesa y el Hospital General de Medellín (fls. 677 a 703 cdno. ppal.).

2. Sentencia de primera instancia

En sentencia del 30 de abril de 2001, la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia, Caldas y Chocó accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

Entre otros aspectos, el tribunal puntualizó:

“(...) **4.** Del caudal probatorio se infiere que efectivamente el señor ALFONSO GONZÁLEZ MEDINA fue herido con arma de fuego el día 5 de septiembre de 1992 en el municipio de Yalí (Ant.), de conformidad con lo indicado en las declaraciones obrantes en el proceso, razón por la que ingresó ese mismo día, tal como consta en el dictamen pericial, al HOSPITAL LA MISERICORDIA de la misma localidad, lugar en el que fue ordenada la práctica de rayos X de antebrazo y fue atendido por el médico Rafael Ignacio Mesa, siendo remitido para la casa.

“Posteriormente, tal como se indica en el referido dictamen y en la historia clínica (fls. 156) consultó de nuevo el paciente en dicha institución siendo hospitalizado los días 8, 9 y 10 de septiembre de 1992, para luego ser remitido al HOSPITAL GENERAL DE MEDELLÍN.

“(…) El paciente posteriormente vuelve a ser sometido a cirugía por evisceración el 21 de septiembre, intervención quirúrgica en la que fallece.

“4.1. Se hace necesario entrar a establecer si existe responsabilidad con relación a cada uno de los demandados.

“En lo que hace referencia a la atención brindada al señor ALFONSO GONZÁLEZ MEDINA, por el HOSPITAL LA MISERICORDIA del municipio de Yalí (Ant.), se establece en el proceso que no se le ofreció a dicho paciente una atención diligente y oportuna, porque requería de una radiografía para tratar de ubicar el proyectil y determinar si era penetrante o no a cavidad abdominal, además, para establecer su ubicación y el orificio de entrada a fin de determinar la trayectoria y el compromiso de órganos en su recorrido, puesto que los proyectiles en el abdomen tienen trayectoria lineal, de conformidad con lo manifestado por el señor perito en la ampliación de la necropsia (fls. 592) y es que sin la localización del proyectil no era posible determinar si el mismo pasó a través de la cavidad abdominal, por lo que se debía tomar rayos X rápidamente para resolver la duda, como se indica en la ampliación de la necropsia (fls. 624).

“Al no contar este Hospital con el equipo de rayos equis, como la afirma la enfermera Aliria Vargas (Fls. 440 vto), debió ser remitido el paciente por dicho Centro Hospitalario, de manera rápida, a otro centro asistencial que contara con los equipos necesarios para atender al señor dada la entidad de la lesión que era de naturaleza mortal como se indica a fls. 592...

“4.2. En lo que se refiere a la conducta desplegada por el Médico Rafael Ignacio Mesa quien fue el galeno que brindó la atención inicial al paciente, es preciso indicar que de conformidad a lo expresado en la conclusión de la ampliación a la Necropsia (fls. 624) habrá que decir que fue adecuada porque en la misma se indica que “se trata de un paciente con heridas con proyectil de arma de fuego y evolución clínica atípica (no mostraba signos tempranos de irritación peritoneal)... la evolución atípica del cuadro abdominal retardó el tratamiento oportuno...”

“Además, nada hizo la Entidad Hospitalaria en la que laboraba para demostrar que éste actuó con culpa grave o dolo. Razón por la que no es posible atribuir responsabilidad a dicho médico.

“4.3. Con relación a la atención brindada al señor ALFONSO GONZÁLEZ MEDINA por parte del HOSPITAL GENERAL DE MEDELLÍN –LUZ CASTRO DE GUTIÉRREZ - se infiere del dictamen pericial como de las demás pruebas, que la atención que se le prestó fue adecuada a las condiciones en las cuales se recibió al paciente,

pues, como se indica en la Historia Clínica (fls. 56), cuando llegó a dicho Hospital presentaba múltiples heridas en colon transverso, esplénico y descendente y el diagnóstico pre - operatorio fue de: peritonitis secundaria P.A. x A.F. Además, presentaba contaminación severa de la cavidad abdominal con materia fecal y pus abundante.

“En este Hospital se le practicaron las cirugías que requería de acuerdo con las lesiones que presentaba.

“No puede predicarse responsabilidad en relación con esta Entidad Hospitalaria por el hecho de que al paciente, con más de 70 años y luego de la cirugía inicial se le detectara un absceso cuya presencia era inesperada, pues, es un hecho cierto que el señor GONZÁLEZ MEDINA al llegar a este Centro Asistencial presentaba otras complicaciones en su salud como eran bronconeumonía, derrame pleural y edema. Desde el principio el paciente fue atendido con la diligencia y el cuidado que requería y en este sentido es clara la ampliación de la necropsia cuando indica que...

“Todo lo anterior concuerda con la Historia Clínica, en la que se expresa que el paciente presentaba “procesos graves a la evolución paralela a la lesión operada como era la bronconeumonía derecha, derrame pleural masivo, insuficiencia cardíaca en evolución lo que sumado a la edad determinó un paro cardíaco.”

“(...)” (fls. 707 a 741 cdno. ppal. 2ª instancia - mayúsculas del original).

3. Recursos de apelación y trámite procesal en la segunda instancia

3.1. Inconforme con la decisión, el Hospital la Misericordia del municipio de Yalí E.S.E., la recurrió en apelación (fls. 743 a 747 cdno. ppal. 2ª instancia); en providencia del 12 de septiembre de 2001, fue concedido el recurso por el *a quo* y admitido por esta Corporación en auto del 21 de enero de 2002 (fls. 752 y 753 cdno. ppal. 2ª instancia).

El fundamento de la impugnación fue desarrollado con el siguiente razonamiento:

3.1.1. El disenso frente al fallo consiste en que sea condenado el Hospital la Misericordia de Yalí a responder por unos perjuicios que, como se encuentra demostrado en el proceso, no ocasionó toda vez que durante los días 5, 6 y 7 de 1992, el señor Alfonso González Medina recibió de la entidad demandada a través de su funcionario una atención diligente y oportuna.

3.1.3. La entidad ofreció al señor González Medina una atención eficiente, prudente, idónea y dentro de las mejores condiciones posibles que el servicio permitía en términos razonables, porque el doctor Rafael Mesa, quien en su calidad de funcionario actuaba en representación del Hospital, atendió al paciente el 5 de septiembre de 1992 y lo dejó en observación durante 8 horas, sin que presentara signos de gravedad, le efectuó una exploración digital cuidadosa de la herida sin encontrar orificio de entrada en la pared abdominal, y luego de presentar buenas condiciones fue dado de alta con fórmula médica y con orden de rayos equis (Rx) para el hospital de Yolombó, por cuanto el nosocomio la Misericordia pertenece a un primer nivel de atención y debido a ello no cuenta con equipo de rayos equis (Rx).

3.1.4. En las evaluaciones del 6 y 7 de septiembre de 1992, el médico le insistió al paciente y a su esposa en la necesidad de efectuar los rayos equis (Rx) de abdomen para aclarar el proceso y definir la conducta final; lo que nunca se hizo por razones económicas según lo manifestado en las declaraciones de su propia cónyuge y del señor Rafael Antonio Osorio.

3.1.5. El señor Alfonso González Medina, con posterioridad, decidió abandonar el tratamiento del Dr. Mesa, y bajo su responsabilidad contrató los servicios del médico particular Rubén Darío Duque, quien no tenía ningún vínculo laboral con la ESE Hospital La Misericordia, y este profesional le brindó atención médica durante los días 8, 9 y 10 de septiembre.

3.1.6. Conforme a la ampliación de la necropsia, obrante a folio 624, se comprueba que la atención inicial médico - hospitalaria efectuada los días 5, 6 y 7 de septiembre de 1992 fue diligente, acertada y oportuna, cuando claramente concluye: “se trata de un paciente con heridas de proyectil de arma de fuego y evolución clínica atípica (no mostraba signos tempranos de irritación peritoneal)... la evolución atípica del cuadro abdominal le retardó el tratamiento oportuno...”

3.1.7. El acervo probatorio evidencia una indudable culpa de la víctima, consistente en no cumplir la orden de rayos equis (Rx) formulada por el médico del hospital la Misericordia.

3.1.8. Resulta incomprensible e incongruente que se afirme en el fallo de primera instancia, que existió una falla del servicio a cargo del hospital por no haber

remitido de manera oportuna al paciente a un centro hospitalario donde se pudiera realizar la radiografía, pero, al mismo tiempo, se señale que la conducta desplegada por el médico tratante, doctor Rafael Ignacio Mesa fue adecuada. Por consiguiente, si el comportamiento del galeno fue diligente y cuidadoso, esa misma hermenéutica debió ser extendida a la entidad hospitalaria lo que habría conducido a la absolución.

3.2. La parte actora presentó ante esta Corporación recurso de apelación adhesiva (fls. 757 a 771 cdno. ppal. 2ª instancia), en los términos del artículo 351 del C.P.C., la cual fue admitida y tenida en cuenta por el Despacho al que se encontraba asignado el proceso en virtud de auto del 18 de junio de 2001 (fl. 776 cdno. ppal.).

4. Trámite y Alegatos de conclusión en la segunda instancia

En providencia del 6 de agosto de 2002 (fls. 779 cdno. ppal. 2ª instancia) se corrió a las partes y al Agente del Ministerio Público traslado para alegar de conclusión, etapa en la que intervino únicamente el señor Procurador Cuarto Delegado ante esta Corporación para solicitar la confirmación de la sentencia de primera instancia. En apoyo de su petición, señaló lo siguiente:

4.1. Es inexcusable que en el Hospital de la Misericordia no existiera una máquina que resulta fundamental para cualquier ayuda diagnóstica. Por otra parte, con una herida en el abdomen, producida con arma de fuego, el médico tratante que ordenó la radiografía, según su declaración, debió hacerlo con carácter urgente y remitir al lesionado inmediatamente a un hospital de mayor nivel en donde lo atendieran de manera adecuada, pues era consciente que en el citado centro hospitalario no existían los elementos necesarios para practicarle una intervención quirúrgica.

4.2. Faltó diligencia y cuidado por parte del Hospital de la Misericordia cuando asumió el deber de brindar asistencia médica a ese paciente. El servicio sanitario desatendió el pedido urgente de los rayos equis, cuya práctica era fundamental para identificar con claridad si había o no compromiso visceral.

4.3. La responsabilidad de las demás entidades demandada no fue demostrada como quiera que no se probó su omisión en el cumplimiento del deber legal. Por el

contrario, se acreditó que el Hospital General de Medellín actuó con toda la idoneidad y eficiencia pese a lo cual el paciente falleció.

4.4. La forma como se presentó el proceso de atención al lesionado permite inferir la negligencia del doctor Rafael Ignacio Mesa. Tal situación, genera responsabilidad del galeno, máxime porque no es argumento que cuando atendió al herido no presentaba compromiso peritoneal. Cualquier persona que presente una herida en el abdomen, producida por arma de fuego, necesita de los exámenes necesarios para efectos de localizar la trayectoria del proyectil y si fue o no penetrante de alguna cavidad. Por ello, cuando se ordenó la radiografía, ante la específica situación médica se debió remitir al paciente en una ambulancia, con mayor razón si el desplazamiento era de un municipio a otro. Además, la radiografía debió ordenarla a cargo del hospital y no dejar al enfermo a voluntad de sus familiares y de su capacidad económica.

4.5. En virtud de lo expuesto, se debe confirmar la decisión apelada en tanto declaró probada la responsabilidad del Hospital la Misericordia, pero se deberá adicionar en el sentido de condenar también al Departamento de Antioquia y al médico llamado en garantía.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de la segunda instancia, sin que exista causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, a través del siguiente derrotero: 1) competencia de la Sala; 2) límites de la apelación en el caso concreto, 3) los hechos probados, 4) la indebida vinculación al proceso del municipio de Yalí, 5) valoración probatoria y conclusiones, 6) reliquidación de perjuicios y 7) condena en costas.

1. Competencia de la Sala

La Sala es competente para conocer del asunto en segunda instancia, como quiera que la pretensión mayor, individualmente considerada (\$10.634.090,00)¹, supera la cuantía necesaria para que un proceso iniciado en 1992 tuviera esa vocación, esto es, \$9.610.000,00.

2. Límites de la apelación en el caso concreto

La Sala se limitará a estudiar la responsabilidad de la entidad demandada, Hospital la Misericordia de Yalí E.S.E., y todo en cuanto sea desfavorable a la parte actora, de conformidad con el recurso de apelación adhesiva presentado en el transcurso de esta instancia.

En consecuencia, no se analizará la responsabilidad de los llamados en garantía por las siguientes razones: i) porque no se apeló su responsabilidad –ya que la entidad demandada no se pronunció sobre este aspecto en el recurso de apelación - ii) porque la parte actora no tiene una relación jurídica sustancial con aquéllos, razón por la cual su absolución no puede ser entendida como un punto desfavorable respecto de sus pretensiones y iii) si bien el Ministerio Público en el concepto emitido en esta instancia deprecó extender la condena al doctor Rafael Ignacio Mesa, llamado en garantía, era preciso que se apelara en ese específico punto la sentencia de primera instancia, so pena de transgredir el principio de congruencia.

Frente a al contenido y alcance de la institución de la apelación adhesiva, la Sala reitera los planteamientos contenidos en sentencia del 1º de octubre de 2008², oportunidad en la que se discurió, *in extenso*, de la siguiente manera:

“Los límites materiales y formales que se tiene en esta instancia están determinados por el contenido de la apelación. Por esta razón, dispone el artículo 357 CPC que este recurso se entiende interpuesto en lo desfavorable al apelante, de manera que no se puede agravar la situación del apelante único³. A este principio se le ha denominado como la *no reformatio in pejus*.

¹ Suma que corresponde a la deprecada a título de daño moral.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1º de octubre de 2008, exp. 17070, M.P. Enrique Gil Botero.

³ Dispone el at. 357 –modificado por el decreto 2282/89, art. 1º, num. 175.- que: “Competencia del superior. La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

“No obstante la anterior regla, ella se rompe en dos casos, por lo menos en este tipo de procesos ordinarios, pues en algunos de naturaleza constitucional, como la tutela, se admite la posibilidad de reformar en peor, pero en la instancia de la revisión oficiosa que hace la Corte Constitucional⁴ -no cuando se trata de la resolución al recurso de apelación del apelante único-: i) cuando apelan las dos partes del proceso, o ii) cuando quien no apela se adhiere al recurso.

“En estos dos supuestos la ley autoriza, por razones lógicas, que el juez no quede atado a la favorabilidad que cada apelante busca para su situación procesal, con la interposición del recurso, pues es preciso dotarlo de la capacidad para resolver con libertad, pues de no hacerlo carecerían de sentido los recursos interpuestos, pues el *ad quem* no podría decidir en ningún sentido.

“En efecto, si las dos partes apelan, y si además no se pudiera reformar en peor, se tendría que mantener intacta la sentencia, pues lo que se diga frente a cada recurso normalmente busca mejorar la posición de quien lo interpone, y desmejorar la de su contraparte. En tal caso, sería inútil tramitar los recursos de apelación.

“Ahora bien, tratándose del recurso de apelación adhesiva, es decir, el que puede interponer la parte que deja vencer el término de 3 días con que contaba para apelar de manera principal, también se rompe

“En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, liquidar costas y decretar copias y desgloses. Si el superior observa que en la actuación ante el inferior se incurrió en causal de nulidad que no fuere objeto de la apelación, procederá en la forma prevista en el artículo 145. Para estos fines el superior podrá solicitar las copias adicionales y los informes del inferior que estime conveniente.

“Cuando se hubiere apelado de una sentencia inhibitoria y la revocare el superior, éste deberá proferir decisión de mérito aun cuando fuere desfavorable al apelante.”

⁴ Afirma la Corte Constitucional, en este sentido, en la sentencia T-400 de 1996, que: “Pero no es menos cierto que, cuando se trata de medidas adicionadas a la tutela concedida, que pueden resultar gravosas para la persona o entidad contra quien se ha fallado, como cuando se trata de la indemnización en abstracto (artículo 25 del Decreto 2591 de 1991) o, excepcionalmente, del pago de sumas de dinero, obra el principio consagrado en el artículo 31 de la Constitución, según el cual “el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”, que no tiene su aplicación únicamente en materia penal sino en todas las ramas del Derecho, como lo expresó esta Corte en sentencias C-055 del 15 de febrero de 1993 y T-233 del 25 de mayo de 1995...”

“No sobra aclarar que, **en sede de revisión ante la Corte Constitucional, las aludidas advertencias no tienen cabida**, en cuanto su competencia no procede de recurso alguno de las partes sino de la propia Constitución, siendo por ello plena.” (Negrillas fuera de texto)

En la sentencia T-080 de 1998 se reitera que “Cabe advertir que en el caso sub examine, no es aplicable el fenómeno jurídico de **la reformatio in pejus, pues este solamente se produce cuando se agrava la situación del “apelante” y como es bien sabido, la Corte Constitucional no conoce de la revisión de sentencias de tutela en virtud de recurso alguno de apelación o impugnación, sino en desarrollo de los preceptos constitucionales que consagran la competencia de la Corte para revisar** por vía directa y en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales (artículo 241 numeral 9o. de la CP.).

“De manera que por dichas razones, no es dable hablar de la *reformatio in pejus* con respecto a las decisiones que deba adoptar la Corte Constitucional, en relación con sentencias de tutela materia de revisión.” (Negrillas fuera de texto)

el principio de la *no reformatio in pejus*, pues el inciso primero del artículo 357 CPC lo dispone de esta manera. Sin embargo, antes de considerar esta situación es necesario precisar el alcance de esta forma de apelación.

“Esta figura está regulada en el art. 353 CPC, el cual aplica, por analogía –a falta de norma especial en el CCA-, a los procesos que se surten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Dispone este precepto que:

“ART. 353. Apelación adhesiva. La parte que no apeló podrá adherir al recurso interpuesto por otra de las partes, en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable. El escrito de adhesión podrá presentarse ante el juez que la profirió mientras el expediente se encuentre en su despacho, o ante el superior hasta el vencimiento del término para alegar.

“La adhesión quedará sin efecto si se produce el desistimiento del apelante principal.”⁵

“Los elementos que configuran esta institución son los siguientes:

“En *primer lugar*, se parte del supuesto de que quien no apeló puede hacerlo de manera adhesiva. Esta norma, desde luego, hace

⁵ Esta norma fue demandada ante la Corte Constitucional, con el cargo de violar el derecho a la igualdad. Al respecto expresó la Corte –sentencia C-165 de 1999-, al declarar la exequibilidad de la norma, que: “En criterio del demandante, la apelación adhesiva infringe el principio de igualdad entre las partes que actúan en el proceso, pues la que obra diligentemente es premiada mientras que la que apela en forma directa no.

“No comparte la Corte el punto de vista del actor pues la apelación adhesiva no es discriminatoria ya que no se establece solamente en favor de una de las partes sino de todos los sujetos procesales que en él intervienen. Y, por tanto, son éstas las que deben decidir libremente, de acuerdo con sus propios intereses y conveniencias, si interponen en forma independiente la apelación o más bien se adhieren a la que presente la contraparte, con todas las consecuencias que de ello se deriva. Así las cosas, no se infringe el principio de igualdad por que, precisamente, una de las formas de garantizarlo es concediendo iguales oportunidades a las partes para ejercer idénticas actuaciones procesales, que es lo que aquí ocurre.

“Ciertamente es que los recursos deben interponerse dentro de la oportunidad señalada por el legislador, ya que si no se ejercen en ese plazo el interesado pierde la oportunidad de hacerlo. Sin embargo, en el caso de debate no se puede afirmar que se trata de dos apelaciones ya que quien presenta la apelación directa no puede luego adherirse a la de la contraparte, por ser excluyentes. El recurso de apelación es uno sólo lo que sucede es que el legislador ha consagrado dos formas y oportunidades distintas para hacer uso de él; una es la *apelación directa* que, generalmente, se interpone en el acto de la notificación o dentro de los tres días siguientes, y otra la *apelación adhesiva* que se puede presentar hasta antes del vencimiento del término para alegar ante el superior. .

“Tampoco es posible sostener que la apelación adhesiva constituye un premio para el negligente, como lo denomina el actor, por no haber apelado directamente, por que quien elige la opción de adherirse a la apelación interpuesta por la otra parte, no lo hace por descuido, desidia o imprevisión y, mucho menos, mala fe, sino porque el legislador le otorga la facultad de hacerlo. En consecuencia, siendo éste un derecho conferido por la ley a las partes procesales, son éstas las que deben decidir si lo ejercen o no, en caso de que la providencia les haya sido desfavorable.

“Por estas razones, las disposiciones acusadas no violan el derecho a la igualdad de las partes en el proceso.”

referencia a que la parte no haya apelado de manera principal, pues es claro que el apelante adhesivo también es un recurrente, es decir, que también impugna la sentencia, sólo que lo hace en una calidad diferente, y es a ello a lo que se refiere la norma.

“Esta posibilidad resulta bastante exótica, en principio, pues se tiene como punto de partida que a la parte se le venció el término con que contaba para apelar la sentencia, no obstante lo cual la ley procesal le permite hacerlo, bajo una calidad muy particular: en forma adhesiva.

“Esta alternativa supone, a su vez, que la sola voluntad de la parte de apelar es lo que determina esta posibilidad. Es decir, que a ello no puede oponerse, de manera directa, quien hubiere apelado de manera principal, pues su criterio no determina la validez de esta forma de impugnación.

“No obstante, también cabe decir, dentro de esta primera idea caracterizadora de la figura, que de ella no puede hacer uso la parte que hubiere apelado de manera principal, pero que olvidó cuestionar algún punto que sí puso en conocimiento otro apelante principal. La razón es obvia, no se puede ser apelante principal y, a la vez, apelante adhesivo de otro principal, por la sencilla razón de que la norma dispone que esta condición sólo la puede tener “la parte que no apeló...”⁶ (art. 353 CPC)

“En segundo lugar, la adhesión puede hacerse a cualquiera de los recursos de apelación interpuesto por cualquiera de las partes del litigio. Es decir, que este recurso no tiene condicionada su procedencia a que se trate de uno de los extremos del proceso en particular -la parte actora o la demandada-, como sí ocurrió antes de la reforma introducida al art. 353 CPC.⁷

“En efecto, la norma vigente permite adherirse al recurso de cualquiera de las partes: a la contraria o a cualquier otra persona que conforme la misma parte; con la condición de que no haya apelado. La norma derogada, en cambio, sólo permitía adherirse al recurso interpuesto por la “parte contraria”.

“En tercer lugar, este recurso es dependiente del principal, en varios sentidos -de ahí el nombre de “adhesión”; pues sólo puede presentarse en tanto alguna de las partes hubiere apelado. En otras palabras, no existe apelación adhesiva sin apelante principal. La razón es lógica, pues no se estaría adhiriendo a nada⁸.

⁶ En tal sentido, manifestó esta Sala, en el auto de 19 de febrero de 2004 –exp. 26.162- que “Las expresiones iniciales de la norma sobre **“la parte que no alegó”** (sic) deben entenderse referidas al que no apeló en el término de ejecutoria, no al que apeló antes o después del término de ejecutoria, pues la finalidad de la disposición, entre otras, es la de que **una parte jamás pueda ser, al tiempo, apelante principal y adhesivo**. A ello se debe que la doctrina diga lo siguiente con base en el sentido total de la norma...” (Negrillas fuera de texto)

⁷ Disponía el art. 353 del entonces decreto 1400 de 1970 que “APELACIÓN ADHESIVA. La parte que no apeló **podrá adherir al recurso interpuesto por la contraria**, en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable. La adhesión podrá hacerse hasta el vencimiento del término para alegar.” (Negrillas fuera de texto)

⁸ En este sentido, expresa la Sección Cuarta que “El artículo 353 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en lo Contencioso Administrativo por remisión del artículo 267 del Código Contencioso

“Esta característica alcanza un nivel más profundo del recurso, la cual se infiere, por interpretación, de la norma citada. Se trata de que el apelante adhesivo no tiene la posibilidad de sustentar el recurso, de manera que, en principio, queda atado a las razones o argumentos expuestos por el apelante principal.

“Sin embargo, este aspecto tiene un sentido positivo, desde la perspectiva de que se trata de una posibilidad extrema que la ley procesal concede a quien no apeló en tiempo, de manera que le permite adherirse, pura y simplemente, lo cual constituye una oportunidad valiosa que se ofrece a una parte para sacar provecho de una posibilidad que cada quien debe evaluar en el caso concreto.

“Esta cualidad, la de ser un recurso dependiente, también se resalta, finalmente, por lo que expresa el inciso segundo del artículo citado, pues allí se dispone que “La adhesión quedará sin efecto si se produce el desistimiento del apelante principal.” Esto muestra que su acto procesal carece de la autonomía que tiene el apelante principal, quien sólo depende de su propia voluntad para mantener en el proceso su vocación impugnatoria.

“En *cuarto lugar*, de esta forma de apelación puede hacerse uso ante el juez que profirió la sentencia, mientras el expediente se encuentre en su despacho, o ante el superior, hasta el vencimiento del plazo para alegar. Se trata de una oportunidad sumamente amplia en el tiempo, pues es sabido que el término para alegar, ante la justicia administrativa, es la etapa inmediatamente anterior a la del fallo, de manera que se trata de un considerable lapso que se concede a quien, por cualquier razón, no haya apelado de manera principal.

“En *quinto lugar*, la norma dispone que la apelación adhesiva se entiende interpuesta “... en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable...”. Este aspecto de la norma es más problemático de analizar, por que requiere una interpretación adecuada para que la figura adquiera sentido.

“Una *primera interpretación* podría sugerir que al apelante adhesivo se le estudia todo lo que le fuere desfavorable de la sentencia, siempre que quepa dentro del recurso de apelación principal, al cual ha adherido.

“*Otra interpretación* entendería que por el sólo hecho de apelar, en forma adhesiva, el recurrente tiene derecho a que el *ad quem* le estudie todos los aspectos de la sentencia que le sean

Administrativo, consagra la figura jurídica de la "apelación adhesiva", dándole el carácter de subsidiaria, dependiente, subordinada de la apelación principal, al punto que la apelación adhesiva se entiende como secundaria de la apelación principal; lo cual implica que la apelación adhesiva queda sin efecto si se produce el desistimiento del apelante principal.

“En el caso de autos, como el recurrente no cumplió con la carga procesal de la sustentación, dando lugar a que se declare desierto el recurso, igual suerte seguirá la apelación adhesiva, dada su naturaleza de subsidiaria, dependiente y subordinada de la apelación principal.” (Auto de 20 de febrero de 2003, exp. 13.309)

desfavorables. Esta postura cita en su defensa que la norma dispone, clara y expresamente, que la parte adhiere "... en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable...".

"Esta posición daría lugar a pensar que al apelante principal sólo se le pueden estudiar los puntos de su apelación, a pesar de ser la parte que cumplió con los términos para interponer el recurso; pero al apelante adhesivo, el que dejó vencer los términos, se le analizan todos los aspectos que le fueren desfavorables. En este sentido, este recurso se comportaría como una consulta en su favor, beneficiando al incumplido.

"La Sala, advirtiendo los problemas hermenéuticos y lógicos que ofrece el artículo 353 CPC., y admitiendo que las dos posiciones planteadas tienen insuficiencias, aunque también arrojan análisis correctos en algunos aspectos, entiende que la apelación adhesiva comporta, para los efectos que en adelante se presenten sobre este tema, que el apelante adhesivo tiene derecho a que le estudien, sin limitaciones, la posición en que lo dejó la sentencia del *a quo*.

"Este criterio se fundamenta en el propio art. 353 CPC, que dispone que el *ad quem* debe estudiar su situación "... en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable...", es decir, que en relación con el apelante principal no opera el principio de la *no reformatio in pejus*, quien podría ver desmejorada su situación, por autorización expresa de esta norma, pues no otra interpretación se le puede dar al aparte citado.

"No obstante, aclara la Sala, precisando el alcance de esta figura procesal, que el mismo tratamiento se le debe dar al apelante principal. Es decir, que en relación con él también se estudiará la sentencia del *a quo* -por razones lógicas y de igualdad procesal- en todo lo que le fuere desfavorable.

"En otras palabras, los asuntos sometidos por éste al debate, dado que se abrirá el recurso de manera completa, en virtud de la apelación adhesiva, impone que frente a él -que fue la parte que apeló en tiempo- también se aplique la misma situación en que queda el apelante adhesivo, pues mal podría éste resultar mejor tratado, desde este punto de vista, que el apelante principal.

"En conclusión, la Sala estudiará el proceso sin limitación alguna, advirtiendo que no opera la figura de la *no reformatio in pejus* para las partes, con lo cual queda abierto el proceso, de manera plena, y por esta razón se estudiará la demanda y su contestación, como pasará a analizarse."

Así las cosas, habría lugar a estudiar la totalidad de los extremos de la controversia, siempre y cuando el recurso de apelación hubiera comprendido a todos los sujetos procesales intervinientes en el caso concreto. De modo que, se analizará la responsabilidad de todas las entidades demandadas, incluidas las absueltas en la sentencia de primera instancia -por ser un aspecto que es

desfavorable al demandante - así como la responsabilidad del Hospital la Misericordia del municipio de Yalí E.S.E., quien considera que su actuar fue diligente y cuidadoso, razón por la cual no debió ser declarado responsable. No se efectuará ningún pronunciamiento respecto a los llamados en garantía, se insiste, puesto que su responsabilidad no quedó comprendida dentro de los extremos fijados anteriormente, ya que los demandantes no ostentan ninguna relación jurídica con aquéllos.

De modo que, la Sala con esa delimitación del marco de competencia respeta su jurisprudencia en relación con el ámbito de conocimiento del recurso de apelación, de forma tal que en el caso concreto se definirá la responsabilidad del Hospital de la Misericordia -tópico específicamente apelado por la mencionada entidad - así como todos los aspectos desfavorables de la sentencia de primera instancia en relación con la parte actora, de acuerdo con el contenido y alcance de la apelación adhesiva que fue interpuesta.

3. Los hechos probados

Del acervo probatorio allegado al expediente, se destacan los siguientes aspectos:

3.1. Informe rendido el 21 de noviembre de 1994, por el médico cirujano Guillermo León Velásquez Montoya, quien intervino en el Hospital General de Medellín - Luz Castro de Gutiérrez al señor Alfonso González Medina, documento en el que se puntualizó:

“(…) ALFONSO GONZÁLEZ MEDINA. Paciente de 70 años residente en Yalí, casado.

“Remitido del Hospital de Yalí, se recibió el día 10 de septiembre de 1992 por cuadro de Abdomen Agudo quirúrgico de cinco días con historia de heridas por arma de fuego en epigastrio e hipocondrio derecho cinco días antes, cuando recibió en dicho municipio las heridas posteriormente descritas. Al ingreso paciente en shock séptico; al examen físico icterico, taquicárdico, distendido el abdomen doloroso y sin peristaltismo. Se pasan líquidos intravenosos para recuperar su mal estado hemodinámico más antibióticos y se programa para cirugía URGENTE, la cual se realiza el día 11 de septiembre de 1992; se encontró peritonitis fecal y purulenta generalizada por múltiples heridas de colon por arma de fuego así: colon transversal # 2, ángulo esplénico # 2, colon descendente # 2, se cubrió desde el inicio con Imipenem, Dopamina,

Soporte Ventilario con P.V.C. de 2 cm, oligúrico por insuficiencia renal.

“El paciente permanece en recuperación por 48 horas en malas condiciones.

“En el postoperatorio estuvo en regulares condiciones y con recuperación lenta. Al sexto día se observó infección de la herida quirúrgica y evisceración contenida, murmullo vesicular pulmonar disminuido en bases por lo que se ordenó Rx de tórax el cual muestra imagen compatible con neumonía basal? El día 21 de septiembre de 1992 se encontró fascitis necrotizante evisceración no contenida. Se llevó a cirugía y se encontró peritonitis residual generalizada se hizo lavado y se coloca malla con cierre 1,25 minutos después se encuentra paciente en sala de recuperación con paro cardíaco respiratorio del cual no sale a pesar de maniobras de resucitación.” (fl. 251 cdno. ppal. - mayúsculas del original).

3.2. Copia auténtica del acta de necropsia practicada al cadáver del señor Alfonso González Medina, en la que se consignó:

“Cadáver de hombre de 75 años, 1,69 cms de talla, complexión mediana, flácido, frío, livideces dorsales, cabello canoso largo, barba y bigote sin rasurar. Laparotomía mediana de 30 cms, abierta con malla de prolene y cierre de cremallera, colostomía izquierda, herida con proyectil de arma de fuego así: No. 1 orificio de entrada en tercio media cara externa de antebrazo derecho, orificio de salida en cara interna.

“(…) CONCLUSIÓN: la muerte se debió a choque séptico por peritonitis, según acta de levantamiento sufrió heridas con proyectil de arma de fuego. Lesión de naturaleza mortal (fls. 298 a 299 cdno. ppal.).

3.3. Diligencia de interrogatorio de parte de la señora Feliza Llano de González, realizada ante el Juez Promiscuo de Yalí, comisionado por el *a quo*, en la cual se lee:

“(…) PREGUNTADO. Sírvase decir si es cierto o no, que los hechos ocurridos en los que resultó lesionado su señor esposo ALFONSO GONZÁLEZ, ocurrieron el día 5 de septiembre de 1992. CONTESTÓ. Sí ocurrieron ese día. PREGUNTADO. Sírvase decirnos si es cierto sí o no que el Dr. RAFAEL IGNACIO MESA atendió inmediatamente a su esposo de una manera prudente y diligente? CONTESTÓ. Él si lo atendió, pero dijo que no tenía nada, que era una cosa leve. PREGUNTADO. Sírvase decirnos por cuánto tiempo lo dejó el médico a que hace referencia la pregunta anterior, en el hospital al señor ALFONSO GONZÁLEZ? CONTESTÓ. Lo dejó ese día, el día que lo hirieron y hasta el otro día al medio día.

PREGUNTADO. Sírvase decir si es cierto sí o no que el Dr. RAFAEL IGNACIO MESA le solicitó que lo llevaran a revisión a los días posteriores de la herida de las lesiones sufridas? CONTESTÓ. Si nos sugirió que lo lleváramos y lo llevamos. PREGUNTADO. Sírvase decirnos si es cierto sí o no que ustedes no llevaron al señor ALFONSO GONZÁLEZ a tomarse las radiografías pertinentes al municipio de Yolombó? CONTESTÓ. Si lo llevamos y pagamos la radiografía y después nos dijeron en Yolombó que volviéramos a reclamar la plata que pagamos en radiografías y que no la comiéramos en rellena, no tomaron las radiografías. PREGUNTADO. Sírvase decirnos si es cierto o no que ustedes sacaron de la atención que le estaba brindando el Dr. RAFAEL IGNACIO MESA, al señor ALFONSO GONZÁLEZ MEDINA y lo pusieron a disposición del Dr. RUBÉN DARÍO DUQUE? CONTESTÓ. Sí porque él no lo entregó, yo lo tenía en la casa, fuimos muchas veces a decirle de un vómito que tenía tan fuerte y no le mandaron nada, entonces llamamos a Rubén Darío y él dio la orden de llevarlo a Medellín a la Clínica General... PREGUNTADO. Sírvase decirnos qué instrucciones se impartieron por el Dr. RAFAEL IGNACIO MESA y las enfermeras que atendieron a don ALFONSO en el Hospital la Misericordia para atender las heridas sufridas durante su estadía en la casa? CONTESTÓ. Ellos no fueron allá, me dijeron lléveselo para la casa y que le diera unas pastillas para el dolor, no recuerdo como se llaman, unas pastillas grandes rosadas y me dijeron que servían lo mismo que una aspirina, no me dijeron más... PREGUNTADO. Sírvase decir por qué razón el Dr. RUBÉN DARÍO ordenó remitir a don ALFONSO al Hospital a la ciudad de Medellín? CONTESTÓ. Yo creo que sea porque estaba como muy incómoda la herida, infectándose, porque la tenía muy negra y el vómito no le paraba. PREGUNTADO. Sírvase decirnos si esa decisión fue consultada con el médico del Hospital de Yalí, la Misericordia? CONTESTÓ. Sí, y él prestó la ambulancia y se fue una enfermera con él..." (fls. 423 a 425 cdno. ppal. - mayúsculas del original).

3.4. Declaración de la señora Aliria Vargas, auxiliar de enfermería del Hospital la Misericordia, rendida ante el Juez Comisionado por el *a quo*, de la cual se destaca:

"(...) Lo que yo sé únicamente, a mí me tocó trabajar con él una noche de turno, don Alfonso estaba hospitalizado y me tocó trabajar una noche de turno, cumplí las órdenes del médico, no me acuerdo quién era el médico de turno, para que voy a inventar. PREGUNTADO. Sírvase decirnos si en el Hospital la Misericordia hay ocasiones en las que los médicos no laboran por turnos si no por disponibilidades? CONTESTÓ. Sí, queda uno disponible, ellos se cuadran entre ellos, dicen yo hago tantos días de disponibilidad como quieran ponérselos... PREGUNTADO. Sírvase decirnos si en el Hospital la Misericordia existen los instrumentos idóneos para tomar radiografía. CONTESTÓ. No, aquí en el hospital de aquí no hay equipo de rayos equis el más cercano es el de Yolombó... PREGUNTADO. Sírvase manifestar, ya que usted informó que

trabaja desde hace quince años en el Hospital de Yalí cómo funciona ese hospital, cuántos médicos hay, cuántas enfermeras, con qué equipos cuenta, si se pueden atender cirugías, etc. CONTESTÓ. Primero se hacían cesáreas únicamente, ya no, necesita anesthesiólogo y ya no, es un hospital de primer nivel, tiene dos médicos, conmigo hay seis enfermeras y una profesional rural o social, en urgencias hay equipos de sutura, hay reanimación de adultos y de niños, equipos para atender partos, para poner nebulizaciones, sierra para retirar yesos, el equipo de odontología, el laboratorio clínico, y del consulta interna, para planificación, no no (sic) se hacen cirugías, los pacientes los remiten, depende del caso donde, en Yolombó tampoco hay anesthesiólogo, después a Bello y depende del paciente al Hospital General, al Medellín, al Pablo Tobón, al Hospital General, pero la mayoría pobre al Marco Fidel Suárez o Policlínica... Pues nosotros los auxiliares no tenemos nada, eso lo decide el médico, él que sabe es el médico, él decide a quien manda y a quien no manda..." (fls. 440 a 443 cdno. ppal. - mayúsculas del original).

(fls. 45 a 48 cdno. ppal. 2ª instancia).

3.5. Testimonio del doctor Guillermo Velásquez Montoya, rendido ante el *a quo*, quien señaló:

"(...) Los conceptos que yo voy a dar con respecto a este paciente, los hago por referencia a la consulta de la historia, porque yo no tuve oportunidad de atenderlo cuando el paciente fue remitido, quien lo recibió fue la doctora ANA CECILIA BOTERO. A mí me dijeron que vinieron a dar un concepto del manejo que se le dio a este paciente, entonces he estado analizando su historia y vengo a dar un juicio del manejo que se le dio a dicho paciente. Mi concepto es que el paciente llegó al Hospital el día 10 de septiembre del noventa y dos, a la una de la mañana; llegó en malas condiciones, en mal estado general y con signos francos de irritación peritoneal y deshidratación se le mejoraron las condiciones al paciente con líquidos venosos, antibióticos y cuando las condiciones del paciente fueron mejores, se llevó al paciente a cirugía a las once de la mañana, según reza la historia, de ese mismo día; en el acto quirúrgico se encontró seis (6) heridas de colon con peritonitis fecal generalizada, practicándosele una resección parcial de colon izquierdo, donde estaba la herida, una colostomía proximal y una fístula mucosa del colon, lavado de cavidad y drenaje, conducta perfectamente adecuada para el problema tan grave que tenía el paciente. En el postoperatorio inmediato, el paciente sigue en regulares condiciones, hace un cuadro respiratorio moderado, por posible proceso neumónico basal, el cuarto y quinto día se le inició la vía oral, que la toleró parcialmente, posteriormente presentó de nuevo distensión abdominal leve, por lo que se instaló nutrición parenteral y se le hizo cambio de antibiótico considerado como el mejor antibiótico que se consigue en la actualidad... y el paciente seguía en regulares condiciones; al día décimo el paciente presentó evisceración, por lo que se llevó de nuevo a cirugía, encontrándose múltiples abscesos en toda la cavidad abdominal, practicándosele lavado de cavidad, drenaje de abscesos y se coloca malla de prolene, el paciente en

ese segundo postoperatorio de recuperación, hay una nota en la historia de que el paciente hace paro respiratorio que no responde a las maniobras de resucitación... Cuando el paciente llegó al Hospital General, llegó en malas condiciones, tóxico, o sea que está con un proceso infeccioso, no sólo en la cavidad abdominal sino a nivel generalizado, en toda la circulación, se le mejoraron las condiciones con hidratación, se cubrió con antibióticos y se llevó a cirugía cuando las condiciones del paciente eran mejores, que es lo correcto... Un paciente con herida por arma de fuego y con lesiones tan graves como múltiples heridas de colon, debe ser manejado siempre a nivel terciario, que viene a ser el Hospital General, donde existe más capacidad de laboratorio y de tecnología para el seguimiento de estos pacientes de alta complejidad..." (fls. 457 a 473 cdno. ppal. - mayúsculas del original).

3.6. Copia del Acuerdo No. 004 del 27 de mayo de 1994, mediante el cual el Concejo Municipal de Yalí dispuso la reestructuración del Hospital la Misericordia de esa localidad, en una Empresa Social del Estado, dotada de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa (fls. 496 a 506 cdno. ppal.).

3.7. Experticia rendida por el doctor Alberto Gamarra Vergara, médico legista del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses - Regional Occidente - Medellín, de la cual se destaca:

"(...) MÉTODO UTILIZADO

"Revisión de historias clínicas del Hospital la Misericordia de Yalí y del Hospital General de Medellín.

"Se trata de un paciente de 70 años que sufrió heridas por proyectiles de arma de fuego el 3 de septiembre de 1992 localizadas en abdomen derecho, fue atendido en el hospital de Yalí el 5 de septiembre (sólo aparecen notas clínicas a partir del 8 de septiembre). Según el médico hubo compromiso de la pared abdominal. El paciente presenta desde ese momento cuadro de vómito abundante, distensión abdominal sin dolor, fiebre, signos de deshidratación grado II y eritema de herida abdominal suturada. Pulso de 120 por minuto. Abdomen distendido doloroso a la palpación y peristaltismo disminuido y férula de yeso en miembro superior derecho. Se sigue como conducta la aplicación de sonda naso-gástrica, líquido endovenoso y observación. El paciente continúa empeorando y se decide remitirlo el 10 de septiembre de 1998 (sic), durante todo el tiempo se manejó con diagnóstico de enfermedad ácido péptica e ilio-paralítico.

"En Hospital General de Medellín se encuentra paciente en malas condiciones que después de estabilizarlo médicamente se hace intervención quirúrgica con diagnóstico penetrante abdominal por proyectil de arma de fuego y se encuentra en la cirugía una gran contaminación abdominal acompañada de 6 heridas de colon derecho. A pesar de las medidas terapéuticas adecuadas el paciente

fallece con cuadro de sepsis abdominal que se corrobora en el examen de necropsia.

“(…) CUESTIONARIO

“Con respecto al cuestionario de los folios 31 y 32 permítame decirle lo siguiente:

“(…) En una herida abdominal por proyectil de arma de fuego en que se tenga la duda de si ésta fue penetrante o no a cavidad abdominal se debe poner al paciente en observación estricta y al menor signo o síntoma de compromiso peritoneal (vómito, dolor abdominal, distensión, fiebre) se debe proceder a una laparotomía exploradora de urgencia para descartar que no haya compromiso visceral intestinal, cuya complicación más frecuente es la peritonitis que pone en peligro la vida del paciente.

“La demora en tratamiento adecuado en el señor ALFONSO GONZÁLEZ MEDINA, acompañado de la gravedad de las lesiones y la edad del paciente (mayor de 70 años), incidieron en la ocurrencia de la muerte.

“La herida del señor GONZÁLEZ MEDINA fue de naturaleza mortal.

“Se consideran heridas de naturaleza esencialmente mortales las que producen la muerte a pesar de cualquier tipo de atención y procedimiento médico, es decir, son inevitables.

“Las de naturaleza mortales son aquellas en que existe la posibilidad de salvar al paciente con un tratamiento médico. Es decir, no todos los pacientes se mueren.

“Las de naturaleza circunstancialmente mortales son las que muy ocasionalmente producen la muerte, es decir, es un evento no esperado, debido a que son lesiones muy leves.

“Las heridas penetrantes abdominales por proyectil de arma de fuego con compromiso del colon producen contaminación grave de la cavidad por materia fecal y en estos casos se debe proceder al tratamiento (laparotomía, rafias, colostomías según necesidad y lavado de cavidad) en las primeras tres horas para disminuir los avances de una peritonitis complicación que siempre se presenta.

“La falta de atención adecuada y el tipo de lesiones (heridas de colon) predisponen a la presentación clínica de una peritonitis y sus complicaciones.

“Se debe además tratar de ubicar el proyectil y determinar si es penetrante a cavidad abdominal por medio de Rayos X, basado en el ubicación del orificio de entrada para imaginar la trayectoria y el compromiso de órganos en su recorrido, ya que los proyectiles en el abdomen tienen trayectoria lineal.

“Para que sea necesario practicar una cirugía de urgencia se debe sospechar que el proyectil pasa a través de la cavidad abdominal.” (fls. 592 a 596 cdno. ppal. - mayúsculas del original).

3.8. Aclaración del dictamen pericial rendido por el médico legista, quien indicó:

“(...) Ante el hecho de una herida de abdomen por proyectil de arma de fuego y la consiguiente duda si ésta es penetrante o no a cavidad, el deber de cuidado era mantener al paciente en observación en un sitio donde fuera posible evaluar cambios en su estado clínico, (frecuencia del pulso, temperatura, dolor abdominal, distensión abdominal y vómitos), ésta observación se debe hacer por personal paramédico entrenado y un puesto, centro de salud o en un hospital, acompañado de evaluaciones médicas por lo menos una vez por día.

“Con respecto al punto (b); después del examen de los documentos anexos y tener en cuenta las aclaraciones del oficio de la referencia se corrigen las fechas de los hechos así:

“Fecha de las lesiones y consulta inicial 5 de septiembre de 1992.
“Fecha de nueva consulta en la institución 9 de septiembre de 1992.
“Fecha de orden de Rayos X de antebrazo 5 de septiembre de 1992.
“Fecha de remisión 10 de septiembre de 1992.” (fls. 612 y 613 cdno. ppal.).

3.9. De folio 624 a 629 del cuaderno principal obra la ampliación de la experticia rendida por el doctor Alberto Gamarra Vergara, médico legista del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses - Regional Occidente - Medellín, en la que se lee:

“(...) Sí. En el folio 609 aparece una orden de rayos x antero posterior y lateral de antebrazo derecho para descartar fractura de cúbito y radio, con fecha del 5 de septiembre de 1992. No hay orden de rayos x abdominales.

“Las respuestas a las preguntas 8 y 9 a las que hace referencia el folio 594 se respondieron en la ampliación realizada el 10 de julio y están basadas en la historia clínica que en ese momento estaba a mi disposición... La historia clínica allegada al expediente con anterioridad a mi respuesta... registra tres evaluaciones en las que se hace énfasis en averiguar los signos de irritación peritoneal, siendo negativos. Se anota además la insistencia del médico (Dr. Mesa) ante los familiares de la necesidad de Rayos X de abdomen para continuar manejo.

“Si se tiene en cuenta que los signos vitales en las tres evaluaciones no hay aumento de la temperatura corporal y el paciente tolera la vía

oral; entonces no hay signos que indiquen proceso abdominal y desarrollo de peritonitis.

“Sin la localización del proyectil no es posible determinar si éste pasó de la cavidad abdominal y se deben tomar rayos x rápidamente para resolver la duda.

“(…) Respuestas a las preguntas relacionadas con los folios 602 y 603.

“Teniendo en cuenta la descripción operatoria. Se realizó un adecuado manejo que consistió en lavado exhaustivo de la cavidad abdominal con solución salina, hemicolectomía izquierda, es decir, resección de la parte del colon más comprometido por la herida y colostomía del sigmoides, es decir derivar la salida de la materia fecal a través de la pared abdominal.

“En cualquier herida abdominal con compromiso de colon hay contaminación de la cavidad desde el mismo inicio de la lesión por eso a pesar del lavado exhaustivo de aquella en el procedimiento quirúrgico existe el riesgo de que se produzcan abscesos. Por lo tanto este riesgo es más inherente a la lesión misma que al lavado y al manejo del trauma.

“La existencia o no de un absceso y peritonitis en estos casos puede pasar inadvertido ya que el seguimiento y la evolución postquirúrgica siempre se hace basado en los signos vitales (temperatura, pulso, tensión abdominal y deterioro de la conciencia) la tolerancia de la vía oral y el dolor y distensión abdominal...

“Como complemento del seguimiento clínico de los signos vitales el paciente estaba recibiendo una terapia antibiótica agresiva que cubría gérmenes aerobios y anaerobios que son los implicados en estas entidades.

“El retiro del tubo endotraqueal por parte del paciente pudo deberse a un estado agónico y la bronco aspiración pudo contribuir a agravar la situación a pesar de la aspiración del jugo gástrico y la posterior reentubación. Las medidas de soporte básico para la reanimación se realizaron de manera adecuada.

“La última anotación de enfermería que fue una hora y 5 minutos antes de la muerte dice: “paciente bajo efectos de anestesia general P. A. 110/80, se aspira”. No tengo más elementos para decir si se le prestaron o no cuidados permanentes en este lapso de tiempo (sic).

“(…) El paciente fue intervenido inicialmente el 11 de septiembre de 1992 a las 11 am, para fallecer luego de la segunda cirugía el 21 de septiembre de 1992 a las 3:25 pm. En el transcurso de la hospitalización se notaba una tendencia a la mejoría, por el resultado de su estabilidad de los signos vitales y la tolerancia a la vía oral, que son una medición indirecta de la enfermedad (sepsis por peritonitis) en el postoperatorio no es posible averiguar por otros medios la formación de abscesos ya que estos progresan desde unos pocos milímetros a litros sin que se produzcan cambios

significativos en la presión intrabdominal porque las vísceras de este lugar son colapsables (intestinos).

“Hay que tener en cuenta también que el paciente tenía comprometido su estado general con una bronconeumonía derecha como lo indican los rayos x portátiles del 20 de septiembre y que en la necropsia se encontró un derrame pleural derecho de aproximadamente 1000 c.c. y edema grado II de miembros inferiores que son indicios fuertes de insuficiencia cardíaca congestiva. Si se tiene en cuenta lo expuesto anteriormente más lo encontrado en la cirugía el paciente no había superado su estado crítico y el pronóstico era incierto.

“El diagnóstico preoperatorio fue evisceración no contenida y necrosis de la fascia, la intención de la cirugía no era evacuar el absceso; el absceso fue un hallazgo inesperado.

“(…) La falla de la muerte no se debió a la evisceración sino a una falla multisistémica por la sepsis abdominal producida por penetrante abdominal por proyectil con arma de fuego. La evisceración es una consecuencia de la presión que ejercen las vísceras abdominales por la acumulación de gases, por disminución de los movimientos abdominales, edema de las vísceras, acumulación de líquidos (ascitis) y esta presión no es soportada por la pared abdominal deteriorada por el procedimiento quirúrgico obligado.

“El procedimiento quirúrgico para corregir la evisceración era necesario y adecuado para el caso.

“DISCUSIÓN Y CONCLUSIÓN

“Se trata de un paciente con heridas con proyectil de arma de fuego y evolución clínica atípica (no mostraba signos tempranos de irritación peritoneal). Que cuando estos signos fueron notables tenían un proceso abdominal de peritonitis avanzada, que no fue posible controlar a pesar de las medidas terapéuticas adecuadas.

“En este caso hay que tener muy en cuenta que las lesiones producidas fueron graves y capaces de producir la muerte; la evolución atípica del cuadro abdominal retardó el tratamiento oportuno.” (fls. 624 a 629 cdno. ppal.).

3.10. De folio 3 a 17 aparecen los siguientes documentos: i) registro civil del matrimonio celebrado entre los señores Alfonso González Medina y Felisa Llano Peláez, ii) registro civil de defunción del señor Alfonso González Medina, en donde consta que su deceso se produjo el día 21 de septiembre de 1992, a causa de shock séptico por peritonitis por herida con proyectil disparado con arma de fuego, iii) registros civiles de nacimiento de: Rafael de Jesús, Gustavo de Jesús, María Teresa, Migue Ángel y Gabriela del Socorro González Llano. Así mismo, se allegaron los correspondientes a los menores: Jairo Alonso González Atehortúa,

María Alejandra Gómez González, Johan Sebastián Méndez González y Yuli Yoana González Valdés.

4. La indebida vinculación al proceso del municipio de Yalí y la falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Antioquia

En relación con el municipio de Yalí, se declarará probada de oficio, de conformidad con la facultad consignada en los artículos 170 del C.C.A.⁹ y 306 del C.P.C.¹⁰ –disposición esta última aplicable en virtud de la integración normativa del artículo 267 del C.C.A. - la excepción formal establecida en el numeral 12 del artículo 97 del C.P.C. que establece:

“El demandado, en el proceso ordinario y en los demás en que expresamente se autorice, dentro del término de traslado de la demanda podrá proponer las siguientes excepciones previas:

“(…) 12. Haberse notificado la admisión de la demanda a persona distinta a la que fue demandada.”

Entonces, si bien la entidad territorial de conformidad con el inciso final del artículo 143 del C.C.A., pudo reponer el auto admisorio de la demanda para que fuera excluido del litigio¹¹, en virtud de la indebida notificación que se le hizo extensiva de forma irregular por el notificador, lo cierto es que el juez cuenta con competencia para declarar probada la excepción en sede del respectivo fallo.

En consecuencia, a diferencia de la falta de legitimación en la causa –que fue la excepción que encontró probada el *a quo* - en esta ocasión se decretará probado el mecanismo exceptivo contenido en el mencionado numeral 12, puesto que la demanda nunca se dirigió contra el municipio de Yalí. En otros términos, la razón para excluir el estudio de fondo de la responsabilidad de la citada entidad territorial no radica en establecer si le existe o no interés en el derecho que se debate en el proceso, sino porque no fue vinculado en el libelo demandatorio.

⁹ “La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. Para restablecer el derecho particular, los organismos de lo contencioso administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas.”

¹⁰ “Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente, en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.”

¹¹ “(…) Los recursos podrán fundarse también en las causales de que trata el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil.”

De otra parte, se confirmará la decisión del Tribunal de primera instancia de declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Antioquia, toda vez que el Hospital la Misericordia de Yalí E.S.E., de conformidad con el Acuerdo No. 004 del 27 de mayo de 1994 del Concejo Municipal de Yalí, está organizado como una empresa social del estado, con personería jurídica con autonomía financiera y administrativa.

Entonces, si bien es posible que para la fecha de los hechos, esto es el año 1992, el Hospital la Misericordia no contara con personería jurídica, lo cierto es que antes de la presentación de la demanda —de manera concreta en mayo de 1994 - adquirió esa condición, razón por la que se volvió sujeto de derechos y obligaciones, circunstancia por la cual los daños que le fueran imputables por sus acciones u omisiones le son directamente atribuibles, pues es la entidad que cuenta con legitimación en la causa para discutir el interés que se debate en el proceso.

En efecto, la legitimación en la causa constituye un presupuesto procesal para obtener decisión de fondo. En otros términos, la ausencia de este requisito enerva la posibilidad de que el juez se pronuncie frente a las súplicas del libelo petitorio.

Por consiguiente, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que éstas no hayan demandado o que hubieren sido demandadas¹². De allí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo, puesto que, como lo ha precisado la Sala:

“(…) la excepción de fondo se caracteriza por la potencialidad que tiene, si se prueba el hecho modificativo o extintivo de la pretensión procesal que propone el demandado o advierte el juzgador (art. 164 C.C.A) para extinguir parcial o totalmente la súplica procesal.

“La excepción de fondo supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta por un hecho nuevo y probado —**modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante**— que tumba la prosperidad total o parcial de la pretensión, como ya se dijo.

¹² Cf. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2007, exp. 13503, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

“La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado”¹³ (negritas del original).

En ese orden de ideas, la legitimación en la causa por pasiva supone la verificación de que quien es demandado tenga la titularidad para defender el interés jurídico que se debate en el proceso y, por lo tanto, sin importar si son o no procedentes las pretensiones elevadas –lo que supondrá efectuar un análisis de fondo de la controversia a la luz del derecho sustancial - sí sea el llamado a discutir su procedencia dentro del trámite judicial.

En consecuencia, la legitimación en la causa no se identifica con la titularidad del derecho sustancial sino con ser la persona que por activa o por pasiva es la llamada a discutir la misma en el proceso¹⁴.

Así las cosas, se reitera, la decisión de declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva se encuentra establecida respecto del Departamento de Antioquia, razón por la que se confirmará.

5. Valoración probatoria y conclusiones

Analizados los medios probatorios, la Sala modificará la sentencia apelada, para en su lugar, confirmar la sentencia que declaró la responsabilidad del hospital demandado y reconocer perjuicios morales en favor de los nietos del señor Alfonso González Medina. De igual forma, se actualizarán a valor presente las sumas decretadas en primera instancia a título de perjuicios materiales.

Para que se declare la responsabilidad de la administración pública es preciso que se verifique la configuración de los dos elementos o presupuestos de la misma, según la disposición constitucional que consagra la institución jurídica, esto es, el

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. 10973, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

¹⁴ “[E]n los procesos contenciosos la legitimación en la causa consiste, respecto del demandante, en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial está legitimada para que por sentencia de fondo o mérito se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda, y respecto del demandado, en ser la persona que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante...” DEVIS Echandía, Hernando “Teoría General del Proceso”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2004, pág. 260.

artículo 90 superior, en consecuencia, es necesario que esté demostrado el daño antijurídico, así como la imputación fáctica y jurídica del mismo a la administración pública.

El daño antijurídico a efectos de que sea resarcible, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente –que no se limite a una mera conjetura–, y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido el ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar o debatir el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria.

La antijuricidad del daño va encaminada a que no sólo se constate la materialidad y certidumbre de una lesión a un bien o interés amparado por la ley, sino que, precisamente, se determine que la vulneración o afectación de ese derecho contravenga el ordenamiento jurídico, en tanto no exista el deber jurídico de tolerarlo. De otro lado, es importante precisar que la antijuricidad del daño no se relaciona con la legitimidad del interés jurídico que se reclama. En otros términos, no constituyen elementos del daño la anormalidad, ni la acreditación de una situación jurídica protegida o amparada por la ley; cosa distinta será la determinación de si la afectación proviene de una situación ilícita, caso en el que no habrá daño antijurídico pero derivado de la ilegalidad de la conducta.

De allí que, la Sala no prohíba interpretaciones ya superadas según las cuales era preciso que se acreditara una situación legítima –más no legal–, pues se trata de un carácter que en la actualidad no se predica del daño, pues el mismo sirvió de fundamento para negar perjuicios a situaciones que revistiendo la connotación de daños, eran censuradas moralmente (v.gr. los perjuicios reclamados por los entonces mal llamados concubinos o concubinas, los daños irrogados a trabajadoras sexuales, etc.)¹⁵.

¹⁵ “La noción de situación jurídicamente protegida como clave para que una persona esté legitimada para actuar bien podría ser enunciada por su anverso, esto es, que no puede recibir

Como se aprecia, el daño antijurídico es el principal elemento sobre el cual se estructura la responsabilidad patrimonial de la administración pública, a la luz del artículo 90 de la Carta Política, entidad jurídica que requiere para su configuración de dos ingredientes: i) uno material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho o fenómeno físico o material (v.gr. la desaparición de una persona, la muerte, la lesión, etc.) y ii) otro formal que proviene de la norma jurídica, en nuestro caso de la disposición constitucional mencionada¹⁶.

En este orden, el daño antijurídico no puede ser entendido como un concepto puramente óntico, al imbricarse en su estructuración un elemento fáctico y uno jurídico se transforma para convertirse en una institución deontológica, pues sólo la lesión antijurídica es resarcible integralmente en términos normativos (artículo 16 de la ley 446 de 1998) y, por lo tanto, sólo respecto de la misma es posible predicar consecuencias en el ordenamiento jurídico.

Es así como, sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga.

En el caso *sub examine*, se encuentra acreditada la configuración de un daño antijurídico, toda vez que el acta de necropsia practicada al cadáver del señor Alfonso González Medina, al igual que el registro civil de defunción, permiten establecer su deceso, lo que traduce la afectación a un interés legítimo de los demandantes que no se encontraban en el deber jurídico de soportar, esto es, la pérdida de su esposo, padre y abuelo, respectivamente. La anterior alteración negativa es cierta, personal y el ordenamiento no les impone el deber de soportarla.

indemnización quien se encuentre en una situación ilegal de la que se genera el título por el cual se reclamaría." HENAO, Juan Carlos "El daño", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 95.

¹⁶ Cf. DE CUPIS, Adriano "El Daño", Ed. Bosch, Barcelona, 2ª edición, 1970, pág. 82.

Definida la existencia del daño antijurídico, corresponde establecer, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, si se encuentra o no configurado el segundo elemento de la responsabilidad, esto es, la imputación¹⁷.

En el caso concreto, el daño deviene imputable única y exclusivamente a la actuación del Hospital la Misericordia de Yalí E.S.E., porque al margen de las limitaciones del servicio médico en sus instalaciones –hospital de primer nivel - era imperativo que se despejara cualquier duda o ambigüedad frente al diagnóstico, máxime si se trataba de un paciente que había sido herido en la cavidad abdominal por un proyectil.

En consecuencia, resulta incomprensible que no se hubiere remitido al paciente a un centro médico de nivel superior para que se verificara, a través del empleo de imágenes diagnósticas –de manera concreta de rayos x - si el proyectil que impactó la humanidad del señor González Medina había comprometido o no la integridad de órganos y no sólo de tejidos musculares.

La anterior omisión supone un grave desconocimiento a los elementos esenciales de la obligación médica, es decir, a la integralidad, la oportunidad y la identidad, ya que, en efecto, el servicio público de salud no constituye ninguna dádiva del aparato estatal, sino que, por el contrario, representa una actividad de aquellas definidas como esenciales por el constituyente primario, razón por la que el Estado se encuentra obligado a garantizar su prestación de manera eficiente, en aras de proteger y salvaguardar la vida e integridad de las personas.

¹⁷ “Ahora bien, en cuanto concierne a la imputación, se tiene que el daño antijurídico puede ser atribuido a la administración pública en la medida en que ésta lo haya producido por acción u omisión, pues, precisamente, en sentido genérico o lato la imputación es la posibilidad de atribuir un resultado o hecho al obrar de un sujeto.

“En materia del llamado nexo causal, debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, *prima facie*, un estudio en términos de atribuibilidad material (*imputatio facti* u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión-, que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación.

“No obstante lo anterior, la denominada imputación jurídica (*imputatio iure* o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política...” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, exp. 17994, M.P. Enrique Gil Botero.

Sobre el particular, la Sala puntualizó:

“Se considera por tanto que hay un daño, cuando se produce un dolor intenso, cuando se padece la incertidumbre y **cuando se vive una larga e injustificada espera, en relación con la prestación de servicios médicos**, la aplicación de medicamentos o la ejecución de procedimientos que no llegan o que se realizan de manera tardía o incomoda.

“Al respecto cabe destacar que el derecho a la salud de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

“-Debe ser integral:

“(…) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente¹⁸ o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”¹⁹

“De conformidad con lo anterior cabe afirmar que el señor Cano Arango tenía derecho a recibir un tratamiento completo, eficiente y necesario para su restablecimiento, sin que sea dable afirmar que la circunstancia de que hubiese estado hospitalizado, que se le hubieran practicado alguno de los exámenes ordenados y que se le hubieran suministrado medicamentos, resultaban suficientes para considerar cumplidas las obligaciones que estaban a cargo del ISS, porque, se reitera, se omitieron las valoraciones y procedimientos que fueron recomendados por profesionales de la misma entidad; a la vez que se dilató, sin justa causa probada, la realización de los tratamientos e intervenciones que, según los especialistas de la misma entidad, eran necesarios para lograr la mengua de sus dolores y su recuperación.

“Respecto de este elemento del derecho a la salud, dijo la Corte Constitucional:

“En la medida en que las personas tienen derecho a que se les garantice el tratamiento de salud que requieran, integralmente, en especial si se trata de una enfermedad ‘catastrófica’ o si están comprometidas la vida o la integridad personal, las entidades

¹⁸ En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T- 136 de 2004 MP Manuel José Cepeda Espinosa

¹⁹ Sentencia T- 1059 de 2006(MP Clara Inés Vargas Hernández). Ver también: sentencia T- 062 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández). Otras sentencias: T- 730 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T- 536 de 2007 (MP Humberto Antonio Cierra Porto), T- 421 de 2007 (MP Nilson Pinilla Pinilla)

territoriales no pueden dividir y fraccionar los servicios de salud requeridos por las personas.²⁰

“-Debe ser oportuno:

“La jurisprudencia constitucional ha garantizado el derecho a acceder a los servicios de salud, libre de obstáculos burocráticos y administrativos. Así, por ejemplo, cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una administración diligente, una EPS demora un tratamiento médico al cual la persona tiene derecho, viola el derecho a la salud de ésta.”²¹ Los trámites burocráticos y administrativos que demoran irrazonablemente el acceso a un servicio de salud al que tienen derecho, y respetan el derecho de salud de las personas.”

“Con fundamento en el Decreto 1703 de 2002, cuyo artículo 40 prevé que “los trámites de verificación y autorización de servicios no podrán ser trasladados al usuario y serán de carga exclusiva de la institución prestadora de servicios y de la entidad de aseguramiento correspondiente”, la Corte Constitucional precisó que **“se irrespeta el derecho de salud de los pacientes cuando se les niega el acceso a un servicio por no haber realizado un trámite interno que corresponde a la propia entidad, como por ejemplo, ‘la solicitud de la autorización de un servicio de salud no incluido dentro del POS al Comité Técnico Científico’.**²²”

“En el caso concreto está claramente demostrado que el ISS se tomó casi un mes para remitir la historia clínica del paciente a su Staff de Cardiología, con el objeto de que éste analizara el caso, hiciera un diagnóstico y formulara un tratamiento. Luego del esperado concepto del Staff, el ISS se tomó un mes más para oficiar a la entidad que habría de realizar el procedimiento dispuesto, sin justificación alguna para tanta dilación. Todos éstos trámites se surtieron lentamente, mientras el paciente soportaba los dolores propios de su enfermedad y el aislamiento derivado de su hospitalización.

“(…)”²³ (cursivas y subrayado del original - negrillas adicionales).

Se colige de lo anterior, que tanto la jurisprudencia constitucional como la

²⁰ Sentencia T- 760 del 31 de julio de 2008.

²¹ Corte Constitucional, sentencia T- 635 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) La accionante, quién padecía una enfermedad catastrófica, no había podido acceder al servicio de salud ordenado por su médico tratante. No se impartió orden alguna por ser un hecho superado, esa sentencia ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T- 614 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett), T- 881 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil), T- 1111 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T- 258 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T- 566 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa)

²² En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en otras ocasiones, entre ellas en la sentencia T- 1016 de 2006 (MP Álvaro Tafur Galvis)

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 2009, exp. 35656, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

contencioso administrativa han reiterado que el desconocimiento al derecho a la salud y, por consiguiente, la falla del servicio en que se incurre cuando se niega su servicio, se consolida en casos como este en la falta de trámites o procedimientos internos que corresponden única y exclusivamente a la propia entidad; por lo tanto, el hecho de someter al paciente y sus familiares a una sinuosa gestión de tener que desplazar a Alfonso González a otro municipio para que se realizaran las radiografías –las cuales, por cierto, por razones desconocidas nunca fueron efectuadas - constituye un flagrante desconocimiento a los derechos fundamentales de Alfonso González Medina.

Como se aprecia, la falla del servicio en que incurrió la entidad demandada se encuentra acreditada, ya que, en vez de descartar un diagnóstico a través de la remisión del paciente a otro centro o institución hospitalaria que contara con los elementos de evaluación necesarios, sometió al paciente y a su familia a una serie de gestiones que eran del resorte exclusivo de la entidad. En otros términos, el Hospital la Misericordia de Yalí E.S.E., dejó a cargo del paciente y su núcleo familiar la realización de exámenes que eran definitivos para establecer si la bala perdida que lo hirió había comprometido órganos internos, comportamiento que sin hesitación alguna es reprochable por ser contrario a los deberes impuestos por la ética médica, máxime si se trataba de un paciente que presentaba una herida abdominal irrogada por proyectil de arma de fuego²⁴.

²⁴ “En el sentido más amplio, se puede decir que el deber del médico es propiciar el mayor bien para su paciente; es decir, defender sus mejores intereses, que son la vida, la salud y la felicidad. Y su comportamiento ético (Valenzuela, 2001) (Sánchez, 1994) podría manifestarse de la siguiente manera:

“1. En el Diagnóstico, el médico debe tener una idea muy clara de la estructura de su propio sistema de valores y de la forma en que sus juicios personales influyen en las decisiones relacionadas con lo que es bueno o malo; debe tener un conocimiento básico de la ética como disciplina; y el proceso por el cual él llega a las decisiones éticas y las implementa, debe ser sistemático, consistente con la lógica.

“2. Durante la toma de decisiones, el médico debe reflexionar sobre si uno u otro acto alternativo, en su condición de profesional de la salud, beneficiará a su paciente y a la comunidad.

“3. En la prescripción, determinar cuál es la mejor de las alternativas que pueden brindarse, y cuidar que con éstas no se lesione los intereses del paciente, o de un tercero.

“4. En la terapéutica, para facilitar el juicio el médico dispone de principios morales como son el de autonomía, el de beneficencia-no maleficencia y el de justicia, como también de normas de moral objetiva, que son las que ha dictado la sociedad.

“Para que tenga validez, el juicio ético debe ser coherente, razonado. No basta consultar las normas de moral vigentes y ceñirse ciegamente a éstas para aceptar que se actúa éticamente. Por su propia naturaleza, la ética es un saber ordenado a la actuación, por lo tanto, un “saber actuar”. En otras palabras, no es lo mismo conocer la ética, que actuar éticamente.” CORTÉS Cortés, Manuel A. y MONROY Alvarado, Germán Sergio “Introgénia, Ética y Administración”, Publicado en Dimensión Social y Humana del Crecimiento Económico, M.M. Fernández R y M.M. Saleme A. (Comps.), pp. 325-348, Departamento de Producción Económica, DCSH, UAM-X, México, diciembre

Entonces, la entidad demandada en un claro desconocimiento de los preceptos constitucionales y legales impuso a los demandantes una carga administrativa que no debían soportar, toda vez que el deber de descartar el diagnóstico diferencial correspondía única y exclusivamente a la institución hospitalaria, de conformidad con el principio de confianza.

En relación con el principio de confianza en la actividad médica, esta Sección ha discurrido así:

“En efecto, en tratándose de la prestación del servicio público (art. 49 C.P.) médico - hospitalario, el Estado asume una carga especialísima de protección, toda vez que las personas que se someten a la praxis médica, quirúrgica y hospitalaria, lo hacen con la finalidad de que un grupo de personas con un conocimiento profesional y técnico brinden soluciones a situaciones que se relacionan de manera directa o indirecta con el concepto de salud²⁵.

“En ese orden de ideas, el principio de confianza legítima²⁶ en materia de la prestación del servicio médico - hospitalario se torna más exigente, como quiera que los parámetros científicos, profesionales y técnicos que rodean el ejercicio de la medicina se relacionan con el bien jurídico base y fundamento de los demás intereses jurídicos, esto es, la vida y, por conexidad, la salud.”²⁷

2004. <http://www.centrogeo.org.mx/curriculum/GermanMonroy/pdf/iatrogenia.pdf> (página web consultada el 20 de febrero de 2012).

²⁵ La salud ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), como “el estado completo de bienestar físico, psíquico, y social, no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades.” www.who.int/en/

²⁶ “El principio de confianza encuentra uno de sus fundamentos en el principio de autorresponsabilidad. La principal consecuencia es la de que el ámbito de responsabilidad de cada uno se limita a su propia conducta, y sólo bajo especiales circunstancias se extiende a las actuaciones de otro. Por regla general, cada uno debe orientar su conducta de tal forma que no lesione bienes ajenos; pero no es su deber preocuparse por que los demás observen el mismo comportamiento. En virtud del principio de autorresponsabilidad, generalmente sólo se responde por el hecho propio, mas no por el hecho ajeno.

“En todo contacto social es siempre previsible que otras personas van a defraudar las expectativas que se originan en su rol. No obstante, sería imposible la interacción si el ciudadano tuviese que contar en cada momento con un comportamiento irreglamentario de los demás. Se paralizaría la vida en comunidad si quien interviene en ella debe organizar su conducta esperando que las otras personas no cumplirán con los deberes que les han sido asignados. El mundo está organizado de una forma contraria. Pese a que se presentan frecuentes defraudaciones, quien participa en el tráfico social puede esperar de las otras personas un comportamiento ajustado a sus *status*; él puede confiar en que los otros participantes desarrollarán sus actividades cumpliendo las expectativas que emanan de la función que le ha sido asignada.” LÓPEZ Díaz, Claudia “Introducción a la Imputación Objetiva”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Pág. 120 y 121. (Se destaca).

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de mayo de 2009, exp. 16701, M.P. Enrique Gil Botero.

Y si el hospital no contaba con los elementos o instrumentos necesarios para ello, su obligación era promover la adopción de medidas para garantizar la remisión inmediata del paciente a un centro médico de nivel superior y no cinco días después del lamentable incidente en el que resultó herido el señor González Medina, circunstancia que permitió que la peritonitis se propagara.

En esa dirección, el médico forense en su experticia indicó:

“En una herida abdominal por proyectil de arma de fuego en que se tenga la duda de si ésta fue penetrante o no a cavidad abdominal se debe poner al paciente en observación estricta y al menor signo o síntoma de compromiso peritoneal (vómito, dolor abdominal, distensión, fiebre) se debe proceder a una laparotomía exploradora de urgencia para descartar que no haya compromiso visceral intestinal, cuya complicación más frecuente es la peritonitis que pone en peligro la vida del paciente.

“La demora en tratamiento adecuado en el señor ALFONSO GONZÁLEZ MEDINA, acompañado de la gravedad de las lesiones y la edad del paciente (mayor de 70 años), incidieron en la ocurrencia de la muerte.

“(…) DISCUSIÓN Y CONCLUSIÓN

“Se trata de un paciente con heridas con proyectil de arma de fuego y evolución clínica atípica (no mostraba signos tempranos de irritación peritoneal). Que cuando estos signos fueron notables tenían un proceso abdominal de peritonitis avanzada, que no fue posible controlar a pesar de las medidas terapéuticas adecuadas.

“En este caso hay que tener muy en cuenta que las lesiones producidas fueron graves y capaces de producir la muerte; la evolución atípica del cuadro abdominal retardó el tratamiento oportuno.”

Y, si bien, el perito mencionó que la evolución clínica del paciente fue atípica, ello no constituía óbice para que el Hospital de la Misericordia de Yalí E.S.E. adelantara todas las gestiones tendientes a la remisión de Alfonso González a una institución hospitalaria que contara con el equipo de rayos x, lo que pudo permitir en su momento efectuar un diagnóstico definitivo, es decir, que el proyectil descerrajado no sólo lesionó la cavidad abdominal sino que también comprometía órganos esenciales.

En ese orden de ideas, en el caso concreto se configuró una falla del servicio médico - asistencial, que hace imputable el daño antijurídico en cabeza de la entidad demandada, ya que, de haberse tratado al paciente de forma oportuna,

era altamente probable²⁸ que el resultado final hubiera sido disímil. En consecuencia, el daño no es imputable a un error en el acto médico (diagnóstico o tratamiento), sino a la indebida prestación del servicio de salud, ya que de haberse brindado de manera eficiente se hubiera evitado el resultado lesivo.

Por lo tanto, en el caso concreto no se presentó una pérdida de oportunidad para el paciente, sino una falla del servicio integral que afectó –por completo - la prestación del servicio médico asistencial, lo cual, en términos del dictamen pericial que obra en el proceso, habría evitado el deceso del paciente puesto que, en el escenario contrario, la sepsis generalizada –causa científica de la muerte - no se hubiera presentado.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia en reciente providencia definió los alcances sociales y nomoarquicos de la obligación médica con una argumentación que, *mutatis mutandis*, resulta aplicable al caso concreto. En efecto, sostuvo:

“La responsabilidad civil médica, modalidad específica de la profesional, configura un sistema compuesto por la proyección e incidencia de la medicina en la vida, salud e integridad sicofísica de la persona, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y los derechos fundamentales del sujeto. La salud, es un derecho fundamental vinculado a la vida e integridad de las personas, base cardinal indisociable sin la cual el orden jurídico constituiría un simple enunciado vacuo, teórico e inocuo. La prestación del servicio médico y los servicios de salud, constituye derecho esencial del ser humano con singular y reforzada tutela normativa, a punto de ser deber constitucional del Estado, las instituciones prestadoras y del profesional. La protección de la vida humana, salud, dignidad y libertad de la persona, el principio de solidaridad social, reconduce las directrices tradicionales de la responsabilidad más allá de la relación directa médico paciente o de la naturaleza intelectual, liberal y discrecional de la profesión médica...

²⁸ “En términos generales, y en relación con el “grado de probabilidad preponderante”, puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. No basta que un hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos de hecho alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa, llegue a la convicción de que existe una probabilidad determinante.” DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo “Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil. Con especial atención a la reparación del daño”, Ed. Civitas, Madrid, 1995, Pág. 78 y 79.

“A las pautas generales de la responsabilidad civil, y a las singulares de la profesional, aúnanse las reglas, normas, o directrices específicas del arte, ciencia o profesión con los cánones o principios científicos o técnicos de su ejercicio (*lex artis*) según criterios o procederes usuales en cierto tiempo y lugar, el conocimiento, avance, progreso, desarrollo y estado actual (*lex artis ad hoc*).

“La actividad médica en la época contemporánea más dinámica, eficiente y precisa merced a los adelantos científicos y tecnológicos, cumple una función de alto contenido social. Al profesional de la salud, es exigible una especial diligencia en el ejercicio de su actividad acorde al estado de la ciencia y el arte, sobre él gravitan prestaciones concretas, sin llegar a extremo rigor, considerada la notable incidencia de la medicina en la vida, salud e integridad de las personas...

“(...) Conforme a tal inteligencia del médico sobre los riesgos de la operación, síntomas y consecuencias de una sepsis, no se explica cómo, enterado inicialmente (al segundo día de la operación) del dolor de cabeza y fiebre, estimó “que no ameritaba verlo de inmediato”, citándolo para el día siguiente, consulta en la que avisado del “marcado dolor de pantorrillas”, olvidó lo referido el día anterior y lo evaluó “como síntoma aislado de la cirugía”, recetándole “calmante y antiinflamatorio”... Para la Corte, es incontestable la responsabilidad civil extracontractual de las demandadas por el acto médico, la muerte del paciente afiliado por la infección sobrevenida después de la cirugía, la falta de atención oportuna y eficiente, el daño y la relación de causalidad, según acreditan pruebas precedentes, actos que comprometen en forma solidaria a la entidad promotora de salud y a la institución prestadora de salud, por lo expuesto con antelación.”²⁹

En consecuencia, el daño es imputable en su totalidad al Hospital la Misericordia porque con su omisión impidió que se suministrara el adecuado e idóneo tratamiento requerido por el paciente. Por lo tanto, si bien en términos causales la muerte la produjo la sepsis generalizada, lo cierto es que en el plano de la imputación el daño es única y exclusivamente atribuible a la institución médica mencionada, toda vez que con su omisión impidió que el lesionado fuera atendido de forma oportuna lo que desencadenó su muerte. En este punto la Sala reitera, una vez más, la insuficiencia del dogma causal en la responsabilidad patrimonial del Estado, pues el mal llamado nexos causal o principio de causalidad es irrelevante para determinar a quién es atribuible un resultado lesivo³⁰.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 17 de noviembre de 2011, exp. 1999-00553, M.P. William Namén Vargas.

³⁰ “La diferencia entre imputación y causalidad es que en la primera el ligamen no es necesario, sino arbitrario o convencional, porque así se ha convenido por los responsables de la comunidad política. Por el contrario, en la relación de causalidad el vínculo es de necesidad, porque no podría ser de otra manera. De no ser así, de no

En efecto, la salud es un servicio público esencial y un derecho de carácter fundamental prestacional, en principio a cargo del Estado y, por ende, desde el modelo social de derecho que permea nuestro ordenamiento, todas las decisiones políticas o administrativas –al margen del escenario público en que sean proferidas y de los instrumentos jurídicos en que estén contenidas - tendientes a limitar o restringir el acceso de los ciudadanos al efectivo suministro del servicio de salud devienen inconstitucionales y, en consecuencia, en tanto medie un daño antijurídico, imputables en cabeza de la organización pública³¹.

Según los anteriores planteamientos, la falta de remisión oportuna del paciente González Medina, configuró una falla del servicio, motivo por el cual habrá lugar a declarar la responsabilidad extracontractual de la demandada en la muerte de aquél.

Por último, la Sala confirmará la decisión de absolver al Hospital General de Medellín - Luz Castro de Gutiérrez, puesto que del acervo probatorio que obra en el proceso se concluye que su actuación fue diligente y cuidadosa, al grado tal que suministró toda la atención requerida por el señor Alfonso González Medina, pero

poderse constatar y comprobar empíricamente, la ley física perdería su condición de tal. Así, por ejemplo, según la ley de la gravedad, si soltamos un cuerpo en el aire, éste experimenta necesariamente una caída o empuje hacia abajo. Es una ley física, de carácter necesario, a la que no cabe hacer excepciones. Por el contrario, si alguien mata a otro, puede ser condenado a pena privativa de la libertad, es cierto, pero también, dependiendo de la cultura, podría serlo a pena capital o a otro tipo de sanción. Incluso en una isla donde ser antropófago fuese práctica común, podría quedar impune. Es una ley jurídica y, por tanto, convencional. Es de esa manera porque así lo han acordado o convenido los miembros de la sociedad en la que se da dicha ley, pero ello no implica que no quepan otras posibilidades en otros contextos jurídicos.” (Se destaca) MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA “La jurisprudencia en los derechos romano, anglosajón y continental”, Ed. Marcial Pons, 2010, págs. 92.

³¹ “Los propios autores médicos reconocen que hay falta de información sobre responsabilidad profesional, y que es posiblemente una de las causas de los frecuentes problemas legales.

“Esta quizás sea la consecuencia de una precaria formación de pregrado del médico, ya que –en general– la formación actual resulta anacrónica porque no informa sobre los aspectos legales del ejercicio médico, ni tampoco reconoce que la relación médico – paciente se ha transformado, democratizándose, aunque algún factor correctivo ha sido introducido mediante cursos de posgrado.

“Por el contrario, frente a la proliferación de los juicios por mala praxis se torna imperativo que los médicos tengan en cuenta el entorno médico legal mediante la incorporación –cuando menos– de nociones básicas sobre estos temas.

“Ello es particularmente aconsejable en el terreno de las prácticas quirúrgicas, a cuyo respecto inteligentemente se ha preguntado: “Los cirujanos dedicamos gran parte de nuestro tiempo al estudio de técnicas, tácticas y nuevos instrumentos. Si nuestra profesión está controlada por el derecho, ¿por qué no dedicamos un pequeño tiempo al estudio de las leyes correspondientes? El desconocimiento del derecho nos hace vulnerables.” URRUTIA, Amílcar “Responsabilidad por mala praxis médica”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, pág. 42 y 43.

desafortunadamente se produjo su deceso debido al avanzado proceso infeccioso con que se recibió al paciente en esta última institución hospitalaria.

6. Liquidación de perjuicios

6.1. Morales:

En relación con el perjuicio moral, la Sala de manera reiterada³² ha señalado que este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. De allí que, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros, lo cual es constitutivo de un perjuicio moral. En ese orden de ideas, habrá lugar a reconocer, vía presunción de aflicción, perjuicios morales a favor de los demandantes quienes ostentan la condición de padres y hermanos del occiso.

Así las cosas, se accederá a los requerimientos elevados en la demanda, motivo por el que los perjuicios morales serán decretados, previa aclaración de que conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral, y ha considerado que la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y con apoyo en el *arbitrio juris*, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado³³.

De manera que, la Subsección aprovecha esta oportunidad para reiterar la jurisprudencia –acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y de la Sala Plena de la Sección Tercera - sobre la materia, según la cual el daño moral al hacer referencia a la órbita interna del sujeto, no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la que para su liquidación se ha

³² Consejo de Estado, Sección Tercera: sentencias del 15 de octubre de 2008, exp. 18586, del 13 de agosto de 2008, exp. 17042, y del 1º de octubre de 2008, exp. 27268.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

optado por la aplicación del *arbitrio juris*, postulado que se integra a la nomoárquica jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en la reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la esfera u órbita interna y afectiva de la persona.

En esa línea de pensamiento, la Subsección con apoyo en los lineamientos conceptuales acogidos de manera sistemática por esta Corporación, considera que el principio de proporcionalidad no constituye la herramienta o instrumento jurídico pertinente para la valoración y tasación del perjuicio moral, por las siguientes razones:

Los perjuicios morales no pueden ser objeto de ponderación, toda vez que: i) en su liquidación no se trata de solucionar una tensión o conflicto entre principios, valores o derechos fundamentales que entran en pugna, ii) tampoco se pretende definir los deberes jurídicos impuestos al legislador desde la Carta Política en la determinación de la constitucionalidad de una ley, y iii) el daño moral constituye una lesión a la órbita individual e íntima del ser humano, razón por la cual no es susceptible o pasible de ser fijada a establecida a través de un criterio de proporcionalidad, puesto que, se insiste, el dolor o la aflicción no son conmensurables.

Así las cosas, el uso del principio de proporcionalidad para definir el monto de la indemnización del perjuicio moral es inadecuado, por cuanto el objeto y la finalidad del instrumento mencionado no es útil para introducir objetividad en la reparación del daño moral, máxime si su objeto y finalidad está encaminada a que se solucionen tensiones entre derechos fundamentales y la consonancia de una norma en relación con los mismos. La doctrina autorizada sobre la materia ha puesto de presente la función del principio de proporcionalidad, al precisar:

“El principio de proporcionalidad es un concepto jurídico que aparece cada vez con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones del Tribunal Constitucional. **A este principio se alude sobre todo en las sentencias de control de constitucionalidad que versan sobre los actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales.** En las alusiones jurisprudenciales más representativas, el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido

estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir. Tales exigencias pueden ser enunciadas de la siguiente manera:

“1. Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

“2. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que reviste por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

“3. En fin, conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda la intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general.

“Si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres subprincipios, vulnera el derecho fundamental intervenido y por esta razón debe ser declarada inconstitucional.

“Los subprincipios de la proporcionalidad son invocados ordinariamente de forma conjunta y escalonada en los fundamentos jurídicos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Por consiguiente, el principio de proporcionalidad debe ser considerado como un concepto unitario. Cuando el Tribunal Constitucional lo aplica, indaga si el acto que se controla persigue un propósito constitucionalmente legítimo y si es adecuado para alcanzarlo o por lo menos para promover su obtención. Posteriormente, el Tribunal verifica si dicho acto adopta la medida más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para conseguir el objetivo propuesto. Por último, evalúa si las ventajas que se pretende obtener con la intervención estatal, compensan los sacrificios que se derivan para los titulares de los derechos fundamentales afectados y para la propia sociedad.

“(…) El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución. **El significado de esta función sólo puede comprenderse cabalmente sobre la base del entendimiento**

previo de la estructura de los derechos fundamentales y de la estructura del control de constitucionalidad de las leyes, tal como observaremos a continuación.³⁴ (Se destaca).

De lo transcrito se advierte que el principio de proporcionalidad es un criterio metodológico que permite establecer cuáles son los deberes jurídicos que imponen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Su aplicación se realiza a través de los tres subprincipios mencionados -idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido-, el primero de ellos, se relaciona con que la intervención en los derechos fundamentales debe ser “*adecuada*” para conseguir un fin constitucionalmente legítimo; el segundo, se refiere a que la medida de intervención debe ser la más “*benigna*” entre todas las que pueden ser aplicadas, y el tercer y último subprincipio, atañe a las ventajas de la intervención en los derechos fundamentales las cuales deben “*compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad*”.

En el subprincipio de proporcionalidad se desarrolla el método de la ponderación³⁵, como un tipo de juicio mediante el cual se determina cuál derecho o principio debe prevalecer en una colisión entre derechos fundamentales o principios. Esta técnica contiene tres elementos que la estructuran y desarrollan: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación³⁶. El primero se explica así: “*cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro*”³⁷. El segundo elemento hace referencia a una fórmula matemática en la cual se les atribuye a unas variables un valor numérico que permite calcular el peso de los principios enfrentados. Finalmente, el tercer elemento consiste en las cargas argumentativas que los principios tienen “*per se*” y se utilizan si con la fórmula del peso existe un empate entre los principios enfrentados³⁸.

³⁴ BERNAL Pulido, Carlos “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 37 a 39 y 77.

³⁵ La ponderación es el “procedimiento de aplicación jurídica mediante el cual se establecen las relaciones de precedencia entre los principios en colisión. En la ponderación son tenidos en cuenta todos los argumentos que juegan a favor y en contra de la prevalencia de cada uno de los principios en conflicto y se determina cuál de ellos tiene mayor peso en el caso concreto” Ibidem, pág. 575.

³⁶Bernal Pulido, Carlos. El derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 99.

³⁷Cita de Robert Alexy dentro del texto de Carlos Bernal Pulido. Ibidem pág. 99.

³⁸Ibidem, p. 101 a 103.

De otro lado, la jurisprudencia constitucional vernácula ha empleado el principio de proporcionalidad, principalmente, para definir la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en la órbita de derechos fundamentales o para definir cuándo existe una vulneración al principio de igualdad.

En efecto, sobre el particular la Corte Constitucional ha señalado:

“Cabe recordar que en relación con el concepto de proporcionalidad a que hace referencia la jurisprudencia citada, la Corporación ha precisado que para que un trato desigual guarde armonía con el artículo 13 constitucional debe demostrarse que la norma analizada es (1) adecuada para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesaria, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionada en sentido estricto, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. De esta forma el principio de proporcionalidad busca que la medida sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo.

“Así mismo y sin que con ello la Corte renuncie a sus responsabilidades o permita la supervivencia en el ordenamiento de regulaciones inconstitucionales, ha buscado racionalizar el examen constitucional a fin de respetar la potestad de configuración de los órganos políticos, modulando la intensidad del juicio de proporcionalidad. En este sentido ha concluido que en aquellos campos en donde la Carta confiere a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, una amplia potestad de apreciación y configuración el escrutinio judicial debe ser más dúctil, a fin de no afectar la discrecionalidad legislativa, que la propia Constitución protege. Por el contrario, en aquellos asuntos en que la Carta limita la discrecionalidad del Congreso, la intervención y control del juez constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por la Constitución. En esas situaciones, el escrutinio judicial debe entonces ser más estricto, por cuanto la Carta así lo exige.”³⁹

Como se aprecia, el principio de proporcionalidad sirve para solucionar colisiones nomoárquicas o de derechos fundamentales, como quiera que la pugna entre preceptos jurídicos se resuelve a través de los métodos hermenéuticos tradicionales, específicamente con la validez y la concreción de la norma para el caso concreto, tales como que la disposición posterior prevalece sobre la anterior, la especial sobre la general, etc.

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-421 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

Ahora bien, como desde la teoría jurídica y la filosofía del derecho, los principios y los derechos fundamentales tienen igual jerarquía constitucional, no es posible que uno derogue o afecte la validez del otro, motivo por el que es preciso acudir a instrumentos como la ponderación o la proporcionalidad para determinar cuál tiene un mayor peso y, por lo tanto, cuál debe ceder frente al otro en casos de tensión o en hipótesis de intervenciones o limitaciones contenidas en las leyes.

La anterior circunstancia fue puesta de presente por el profesor Robert Alexy, en los siguientes términos:

“Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distintas. Cuando dos principios entran en colisión –tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido - uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado no que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro... Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios –como sólo pueden entrar en colisión principios válidos - tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.”⁴⁰

En ese orden de ideas, el manejo del principio de proporcionalidad en sede de la tasación del daño moral no está orientado a solucionar una tensión o colisión de principios o de derechos fundamentales, y menos a determinar la constitucionalidad y legitimidad de una intervención del legislador.

Así las cosas, la defensa de la aplicación del principio de proporcionalidad para la determinación y cuantificación del daño moral parte de un argumento que confunde el arbitrio judicial con la noción de arbitrariedad.

Y ello no es correcto, puesto que el *arbitrio juris* ha sido empleado desde la teoría del derecho de daños, de la mano con el principio de equidad, para solucionar problemas como el analizado, esto es, la liquidación del perjuicio moral debido a la imposibilidad de definir el grado de afectación interior o que produce el daño antijurídico.

⁴⁰ ALEXY, Robert “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 89.

Sobre el particular, resulta ilustrativo el razonamiento contenido en la sentencia del 17 de noviembre de 1967, oportunidad en la que se indicó:

“El espíritu de la geometría no se puede llevar al derecho.

“Casos como el que se estudia son los que más alcanzan a relieves que un prurito de exactitud numérica puede resultar lo más reñido con la justicia. Suele ocurrir que los rigorismos pseudo-jurídicos conduzcan a las más flagrantes violaciones de la equidad, y a que se desconozca el derecho por pretender trabajar con el espíritu propio de las ciencias exactas en un campo donde no existen ni fórmulas algebraicas, ni instrumento de precisión, ni máquinas que proporcionen la imagen fiel de las verdades jurídicas. Es lo que expresa el antiguo adagio al decir que exagerar el derecho es producir injusticia, y lo que significa hoy al afirmar que con el espíritu de la geometría no puede trabajar el que administra justicia.

“Con lo que se trabaja es con las leyes, en su espíritu y letra, y con una obligatoria jurisprudencia que justifica su oficio, y que al aplicar aquellas obtiene que se produzca la porción de verdad legal que se solicita en los tribunales. El objeto del procedimiento es la objetividad del derecho, dice una norma casi perdida en la maraña de nuestra ordenación positiva. Ella quiere decir que no es permitido al juez alterar los conceptos de fin y medio; y que no siendo dable utilizar para la administración de justicia fórmulas matemáticas, puede y debe en la estimación de algo tan cambiante y variable como son los casos humanos *sub specie juris*, poner al servicio del derecho el procedimiento, cosa que puede hacer sin arbitrariedad, sin quebrantamiento de preceptos, sin daño de nadie, y sin contorsiones, ni distorsiones jurisprudenciales.”⁴¹

Al respecto, es importante la distinción efectuada por Alejandro Nieto, entre arbitrio y arbitrariedad, según la cual, en los esquemas sociales y jurídicos modernos, no es posible privar al juez de potestades de arbitrio judicial; lo importante es saber trazar la línea divisoria a partir de la que aquella potestad legítima de los funcionarios judiciales, se transforma en arbitrariedad, momento en el que las decisiones se tornan, claramente ilegítimas y, por consiguiente, en vías de hecho. Sobre el particular, el autor señala:

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 414.

En similar sentido, se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 17 de junio de 1938, en la que se discurrió así: “La ley no dice cuál es el criterio adoptable para tales justiprecios, de donde se infiere que en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales del derecho, y admitir que el juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a conclusiones que consulten la equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática.”

“El arbitrio es un criterio de la toma de decisión. El juez adopta sus resoluciones siguiendo o bien un criterio de legalidad o bien un criterio de su propio arbitrio o bien - como es lo más frecuente- combinando ambos de tal manera que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que le ofrece la legalidad. Si la ley diera una solución precisa y unívoca al conflicto, no habría lugar para el arbitrio. Pero como esto sucede muy pocas veces, dado que la naturaleza general y abstracta de la ley no le permite entrar en las peculiaridades del caso concreto, es imprescindible la intervención de un ser humano que conecte ambos polos de la relación –la ley y el caso- utilizando al efecto primero la técnica de interpretación de la norma y luego su adaptación al caso concreto... El arbitrio es el factor humano que el juez añade a los datos aportados por el ordenamiento jurídico. El arbitrio es fruto del árbol de la prudencia, madurado al sol de la justicia (del sentimiento de justicia) con el transcurso de la experiencia. El arbitrio hace que la sentencia sea una obra humana y no el mero resultado de una ecuación lógica o de un proceso mecanicista. Rechazar el arbitrio no es sólo desconocer una práctica manifiesta, es negar la condición ética del juez, del que se desconfía hasta el punto que se supone que cuando se introduce un elemento distinto de la lógica tradicional, se despeña inevitablemente en la arbitrariedad.”⁴²

Esta orientación jurisprudencial, es la misma que ha trazado la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, que por su importancia se transcribe, *in extenso*⁴³:

“2. El daño moral, configura una típica especie de daño no patrimonial consistente en quebranto de la interioridad subjetiva de la persona y, estricto sensu, de sus sentimientos y afectos, proyectándose en bienes de inmesurable valor, insustituibles e inherentes a la órbita más íntima del sujeto por virtud de su detrimento directo, ya por la afectación de otros bienes, derechos o intereses sean de contenido patrimonial o extrapatrimonial.

“El ordenamiento jurídico en cuanto base estructural indisociable de un orden justo, la paz, la justicia y la armónica convivencia en la vida de relación, encuentra por centro motriz al sujeto de derecho, sea físico, ora jurídico, dotado de personificación normativa, derechos e intereses, libertades, garantías, y deberes.

“El sujeto *iuris*, es *summa* de valores disímiles dignos de reconocimiento y tutela, cuya lesión entraña la responsabilidad de quien lo causa, o sea, el deber legal de repararlo.

“De acuerdo con una opinión jurisprudencial bastante difundida, el daño podrá recaer sobre bienes susceptibles *per se* de evaluación pecuniaria inmediata u objetiva o respecto de “intereses que según la conciencia social no son susceptibles de valorización económica”

⁴² NIETO, Alejandro “El arbitrio judicial”, Ed. Ariel, 2001, Pág. 219.

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 18 de septiembre de 2009, exp. 2005-00406, M.P. William Namén Vargas.

(C. M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 5, *La responsabilità* (1994), reimpresión, Milán, Giuffrè, 1999, p. 166), esto es, afectar valores vitales, consustanciales, inmanentes e intrínsecos del sujeto, inherentes a su personalidad y esfera afectiva, ora extrínsecos y externos al mismo, es decir, ostentar naturaleza material (*Dommages matériels*), ora inmaterial (*Dommages immatériels*), bien patrimonial (*Vermögensschaden*), ya extrapatrimonial (*nicht Vermögensschaden*).

“(…) El aspecto de mayor relevancia para identificar la especie del daño, por consiguiente, atañe a la proyección de los efectos adversos de la lesión más que a la naturaleza jurídica del interés directamente quebrantado, o sea, el espectro en el cual repercute el hecho, *ad exemplum*, cuando atañen a la vida de relación, la integridad sicosomática, los bienes de la personalidad -*verbi gratia*, integridad física o mental, libertad, nombre, dignidad, intimidad, honor, imagen, reputación, fama, etc.-, o a la esfera sentimental y afectiva, ostenta naturaleza no patrimonial.

“3. El daño moral, en sentido lato, está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, “*que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo*” (cas.civ. sentencia 13 de mayo de 2008, SC-035-2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos, concretándose en el menoscabo “de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso” (Renato Scognamiglio, voz *Danno morale*, en *Novissimo Digesto italiano*, vol. V, Turín, Utet, 1960, p. 147; ID., *Il danno morale*, Milano, 1966; *El daño moral- Contribución a la teoría del daño extracontractual*, trad. esp. Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Antares, Bogotá, 1962, pp.14 ss.), o sea, son daños pertenecientes al ámbito de los padecimientos del ánimo, las sensaciones, sentimientos, sensibilidad, aptitud de sufrimiento de la persona y por completo distintos de las otras especies de daño.

“En efecto, el daño moral, aún en la hipótesis de provenir de la lesión concurrente de otros intereses, por ejemplo, los derechos de la personalidad, la salud e integridad, es una entidad separada e independiente, cuyo resarcimiento es diferente, al tratarse recta y exclusivamente, del detrimento experimentado por el sujeto en su espectro interior, afectivo y sentimental, sin comprender su órbita exterior, proyecto, calidad de vida, actividad o desarrollo vivencial.

“En sentido análogo, su reparación es singular e individual y no se contiene en la de otros daños, respecto de los cuales se distingue por su especificidad al recaer únicamente en los sentimientos y afectos, a consecuencia del quebranto de derechos, intereses o valores de naturaleza, ya patrimonial, bien no patrimonial, con los cuales no se confunde.

“Un problema distinto se plantea a propósito de la reparación del daño no patrimonial, y en particular del moral.

“La cuestión es que la lesión inferida a la interioridad del sujeto, es inasible e inconmesurable, concierne a las condiciones singulares de la persona, a su sensibilidad, sensaciones, sentimientos, capacidad de sufrimiento y no admite medición exacta e inflexible, desde luego que el sujeto experimenta un menoscabo no retroaible y el dolor deviene irreversible, cuya existencia se considera en ciertas hipótesis señaladas por la jurisprudencia *in re ipsa* y cuya valoración se efectúa *ex post* sin permitir la absoluta reconstrucción del *status quo ante*.

“4. Las anotadas características relevantes del daño moral, evidencian la complejidad y delicadeza de su reparación.

“Por ello, la Corte, partiendo del legítimo derecho a la reparación del daño moral causado, ante las vicisitudes que su apreciación económica apareja, al “*no referirse al daño pecuniario en la hacienda y patrimonio del damnificado*” (XXXI, p. 83) y tratarse de valores “... *económicamente inasibles ...*” (CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143, CXLVIII, p. 252 y CLII, p. 143), en cuanto “*esta especie de daño se ubica en lo más íntimo del ser humano, por ende, como medida de relativa satisfacción, que no de compensación económica, desde luego que los sentimientos personalísimos son inconmensurables y jamás pueden ser íntegramente resarcidos, es dable establecer su quantum a través del llamado arbitrium judicis*”, “*tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado. “Aparte de estos factores de índole interna, dice la Corte, que pertenecen por completo al dominio de la psicología, y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de carácter externo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada ...’ (G. J. Tomo LX, pág. 290)”. (sentencia del 10 de marzo de 1994)” (cas.civ. sentencias de mayo 5 de 1999, exp. 4978; 25 de noviembre de 1999, exp. 3382; diciembre 13 de 2002, exp. 7692; 15 de octubre de 2004, S-165-2004, exp. 6199).*

“5. Superadas algunas corrientes adversas y, admitida por esta Corte la reparación del daño moral sin más restricciones para fijar su cuantía que las impuestas por la equidad (*ex bono et aequo*) conforme al marco concreto de circunstancias fácticas (cas.civ. sentencias de 21 de julio de 1922, XXIX, 220; 22 de agosto de 1924, XXXI, 83), a partir de la sentencia de 27 de septiembre

de 1974, es su criterio inalterado, la inaplicabilidad de las normas penales para su tasación, remitiéndose al *arbitrium iudicis*, naturalmente, ponderado, razonado y coherente según la singularidad, especificación, individuación y magnitud del impacto, por supuesto que las características del daño, su gravedad, incidencia en la persona, el grado de intensidad del golpe y dolor, la sensibilidad y capacidad de sufrir de cada sujeto, son variables y el *quantum debeat* se remite a la valoración del juez.

“(…) En el empeño de encarar directamente el asunto, la Sala precisa que, para la valoración del *quantum* del daño moral en materia civil, estima apropiada la determinación de su cuantía en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador.

“Por consiguiente, la Corte itera que la reparación del daño causado y todo el daño causado, cualquiera sea su naturaleza, patrimonial o no patrimonial, es un derecho legítimo de la víctima y en asuntos civiles, **la determinación del monto del daño moral como un valor correspondiente a su entidad o magnitud, es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción.**

“Por lo anterior, consultando la función de *monofilaquia*, hermenéutica y unificadora del ordenamiento que caracteriza a la jurisprudencia, la Sala periódicamente ha señalado al efecto unas sumas orientadoras del juzgador, no a título de imposición sino de referentes (cas.civ. sentencia de 28 de febrero de 1990, G.J. No. 2439, pp. 79 ss; así en sentencia sustitutiva de 20 de enero de 2009, exp. 170013103005 1993 00215 01, reconoció por daño moral, cuarenta millones de pesos).

“**Para concluir, en preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de intereses protegidos por el ordenamiento, debe repararse *in casu* con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según el ponderado *arbitrio iudicis*, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador.**

“6. Por todo cuanto se ha dicho, no siendo aplicables las normas del Código Penal ni la jurisprudencia invocada para la reparación del daño moral en asuntos civiles, no prospera el cargo.”

En esa perspectiva, la forma que hasta el momento ha encontrado la doctrina y la jurisprudencia para resarcir –vía compensación - el daño moral es a través de los principios del *arbitrio juris* y la equidad, razón por la cual la aplicación de un criterio

de proporcionalidad o ponderación, lejos está de introducir elementos objetivos que permitan identificar parámetros indemnizatorios con fundamento en el dolor o la aflicción padecida.

Este criterio se reafirmó de manera reciente en fallo de la Corte Suprema de Justicia, en el que con particular *sindéresis* se indicó:

“En el caso concreto, por la gravedad del marco de circunstancias en que falleció el joven Aream Alexander Verano, lo que de suyo generó intensa aflicción a sus parientes y vinculados, así como los estrechos vínculos familiares y los nexos afectivos con los padres, hermanas e hijo, padecimientos interiores, congoja, angustia, impotencia y profundo dolor, la Sala estima pertinente ajustar el valor de referencia para reparar el daño moral a la suma de cincuenta y tres millones de pesos (\$53.000.000) moneda legal colombiana.

“Adviértase que no se trata de aplicar corrección o actualización monetaria a las cifras señaladas por la Corte de antaño, por cuanto el daño moral no admite indexación monetaria, sino de ajustar el monto de la reparación de esta lesión, como parámetro de referencia o guía a los funcionarios judiciales, a las exigencias de la época contemporánea, sin que, además, se presenten inexplicables e inconvenientes diferencias para los administrados por el hecho de que el conocimiento de una jurisdicción en particular, reparación cuya definitiva fijación en términos monetarios corresponderá al juez de conocimiento, de conformidad con el particular marco de circunstancias que sea objeto de su decisión y atendiendo al tradicional criterio del *arbitrio iudicis*.”⁴⁴

Ahora bien, es posible que por la vía de aplicación de manera incorrecta del principio de proporcionalidad para la liquidación del daño moral, se llegue a introducir criterios subjetivos de valoración del perjuicio por parte del funcionario judicial, tales como la convivencia, y aunque si bien la misma es un hecho objetivo y apreciable empíricamente, lo cierto es que aquella no puede constituir un criterio o variable para la cuantificación del perjuicio moral.

A modo de ejemplo, baste indicar que es perfectamente posible que exista una familia que, por circunstancias laborales o personales de sus miembros, éstos convivan en distintas zonas de una misma ciudad, o de un mismo país o incluso en el extranjero, sin que esto altere el fuerte y cercano vínculo afectivo y

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 17 de noviembre de 2011, exp. 1999- 533, M.P. William Namén Vargas.

sentimental que existe entre ellos, esto es, la distancia geográfica no significa desamor o falta de afecto⁴⁵.

A partir del ejemplo anterior, extraído de la experiencia, y con aplicación irrestricta del llamado test de proporcionalidad, se concluiría que al margen de la muerte de uno de los integrantes de ese núcleo familiar, habría que reducir la indemnización por el daño moral porque la convivencia es factor determinante en la liquidación del mismo⁴⁶.

Si se profundiza en el ejercicio hermenéutico, habría que concluir que si el daño antijurídico proviene de la muerte de un hijo cuyos padres residen en otro país, sin importar el profundo y real afecto existente entre ellos, habría que reducirles la indemnización frente a los padres de otra víctima que aunque convivía con éstos era objeto de maltrato de parte de los mismos, puesto que en este último supuesto tendrían derecho a una mayor indemnización en virtud de la idoneidad y la variable convivencia que impacta significativamente la reparación según los cuadros y la argumentación contenida en la sentencia.

La concreción o aplicación de la ponderación generaría los siguientes interrogantes: ¿por qué según el supuesto principio de proporcionalidad o ponderación, hay lugar a indemnizar en mayor grado los eventos en que se

⁴⁵ Al respecto, la Sala en otrora oportunidad indicó: "C. Se confirmará el reconocimiento que hizo el Tribunal en favor del padre, por perjuicios morales, pues la distancia geográfica no necesariamente significa desamor o falta de afecto. No existe prueba que destruya la presunción del dolor moral que causa en el padre la muerte de su hijo." Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de octubre de 1991, exp. 6451, M.P. Juan de Dios Montes. "Se presume judicialmente que la madre y los hermanos de Carlos sufrieron con su muerte; pues de la misma presunción de hombre se infiere que la muerte de una de esas personas causa congoja; además como se probó que todos aquellos se preocupaban mutuamente, se puede deducir que la pérdida de uno de los integrantes de la familia primigenia produce en los otros un sentimiento negativo de pesadumbre. El hecho relativo a que Carlos Ernesto no vivió siempre con ellos no es hecho que desvirtúe el hecho social de afecto entre hijo y madre y hermanos y hermanos, pues la relación humana cercana no se deriva del aspecto meramente territorial, sino del vínculo espiritual" Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de mayo de 2001, exp. 13109, M.P. María Elena Giraldo.

⁴⁶ "Porque en la Constitución de 1991, más claramente que en el Código Civil, la familia no es un producto necesariamente surgido de manifestaciones afectivas. Es un producto y es una institución en donde está clara una visión de solidaridad entre seres humanos y una visión de solidaridad que adquiere todo su sentido, sobre todo frente a los niños, porque los niños tienen el derecho fundamental y prevalente a tener una familia. Tienen ese derecho fundamental y prevalente por encima de las coyunturas en los afectos de sus padres... Aquí viene a ponerse de presente, como la concepción de familia de la Constitución de 1991, es una concepción solidarista – no individualista–. No depende del íntimo querer del marido y mujer o, de hombre y mujer. Depende de lo que exija esa realidad social de la familia. Los conflictos son importantes, muestran desacuerdos, malformaciones, a veces hasta patologías, pero no son los límites a la existencia de esa unidad familiar." ANGARITA Barón, Ciro "La familia en la nueva Constitución", Talleres Macrorregionales sobre Conciliación – Memorias, ICBF, Pág. 4 y 6.

predica convivencia respecto de los que no la hay? ¿Esto no introduce un parámetro injusto de diferenciación?

Entonces, la aplicación del principio de proporcionalidad para la valoración de un daño subjetivo e interno, sí que afectaría un derecho fundamental que es la igualdad, razón por la cual el criterio válido para la tasación del daño moral son los principios del *arbitrio juris* y la equidad, de conformidad con lo sostenido en la sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13232 y 15646, oportunidad en la que se discurió de la siguiente forma:

“De conformidad con las normas citadas, resulta claro que cuando se expida una copia del registro civil de nacimiento o un certificado del mismo y en él consten los nombres de los progenitores del inscrito, dicho documento constituirá prueba suficiente para acreditar el parentesco de consanguinidad existente entre éste y aquéllos. En efecto, si tales nombres fueron indicados en el correspondiente folio o certificado, es porque se cumplieron los requisitos ya indicados para que pueda darse fe del nombre de la madre del inscrito, y en cuanto al padre, porque aquél nació dentro de un matrimonio legalmente celebrado o, siendo hijo extramatrimonial, fue reconocido por éste o se declaró judicialmente su paternidad.

“Y no puede el juez exigir pruebas adicionales para establecer el parentesco, so pena de desconocer la solemnidad prevista por la ley, de manera excepcional, para la demostración de los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, conforme a lo dispuesto en el citado artículo 105 del Decreto 1260 de 1970.

“(…) Demostradas las relaciones de parentesco cercanas alegadas en la demanda, puede inferirse, aplicando las reglas de la experiencia, que los actores tenían un nexo afectivo importante con Luis Alfonso Ríos González, que determinó la existencia de lazos de alianza y solidaridad entre ellos, y que, por lo tanto, aquéllos sufrieron un profundo pesar con la muerte de éste; puede inferirse, igualmente, que la persona más afectada fue su madre, dada la naturaleza de la relación que normalmente se establece entre un hijo y su progenitora. Bastarían, entonces, las pruebas del parentesco aportadas al proceso, para que esta Sala considerara demostrado, mediante indicios, el daño moral reclamado por los demandantes. No obstante, al respecto, obran también en el proceso los testimonios de José Leonardo Buitrago Morales y Alexander Marín Salazar, amigos de la familia de la víctima (folios 69 a 75 del cuaderno 2), que demuestran, de manera directa, la existencia y la intensidad del perjuicio sufrido.

“(…) **Por otra parte, no puede perderse de vista el principio de equidad, también previsto en la norma transcrita para ser tenido en cuenta en la labor de valoración del daño. Su importancia resulta mayor cuando se trata de la indemnización de un perjuicio que, por la naturaleza de éste, no puede ser**

restitutoria ni reparadora, sino simplemente compensatoria. En efecto, la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia. Se impone al juez, entonces, el ejercicio de una cierta discrecionalidad, que, sin embargo, debe encontrarse suficientemente razonada y fundada en las probanzas que, en el proceso, obren sobre la existencia del perjuicio y su intensidad.

“No se trata, en efecto, de una facultad arbitraria; por ello, en su desarrollo, debe buscarse también la garantía del principio de igualdad, lo que hace necesaria la comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquella y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización.

“Ahora bien, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 es de obligatoria observancia para todas las jurisdicciones; así se desprende claramente de su texto...

“En cuanto a la jurisdicción contencioso administrativa, ha quedado clara su sujeción directa al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que, conforme a lo expresado, hace no sólo innecesario, sino improcedente, el recurso a la analogía, para aplicar el Código Penal vigente, a fin de decidir aspectos relativos a la valoración del daño moral.

“Visto lo anterior, considera esta Sala que debe abandonarse el criterio adoptado por ella desde 1978, conforme al cual, para efectos de la indemnización del perjuicio moral, se daba aplicación extensiva a las normas que, al respecto, traía el Código Penal. Como ha quedado demostrado, razones de orden jurídico, apoyadas igualmente en fundamentos de orden práctico, justifican, en la actualidad, esta decisión. Se afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral.

“Lo anterior se expresa sin perjuicio de que, con el fin de garantizar el desarrollo uniforme de la jurisprudencia en este aspecto, esta Corporación establezca pautas que sirvan de referencia a los juzgadores de inferior jerarquía, cuyos fallos, sin embargo, en cuanto tasan la indemnización del perjuicio aludido, sólo podrán ser revisados por la instancia superior dentro del marco de sus competencias, dada la inexistencia de una norma prevista en ley o reglamento que pueda considerarse de obligatoria aplicación en la materia.

“Establecido, por lo demás, el carácter inadecuado del recurso al precio del oro, la Sala fijará el *quantum* de las respectivas condenas, en moneda legal colombiana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor,

se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales...⁴⁷
(Se destaca).

El *arbitrio iuris* siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico puesto que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso judicial, razón por la cual queda un margen de maniobra a cargo del operador judicial que, lejos de ser catalogado como arbitrariedad, constituye un campo de discreción racional en el que con fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para colmar esas lagunas o vacíos que están contenidos en la ley⁴⁸.

En el presente caso, se decretarán perjuicios morales tasados en salarios mínimos mensuales vigentes para todos los demandantes como quiera obran los registros civiles que dan cuenta de la relación de parentesco que los vincula. En efecto, de estos documentos, la Sala da por probado el perjuicio moral en los actores con ocasión de la muerte de su esposo, padre y abuelo, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir⁴⁹ que el óbito de un pariente cercano causa un

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. 13232-15646, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

⁴⁸ "Es el momento de poner punto final. No quiero hacerlo, sin embargo, sin proclamar muy alto y muy claro mi radicar desacuerdo con esa idea que puso en circulación K.C. Davis y que se repite desde entonces con injustificado entusiasmo de que el Derecho termina donde comienza la discrecionalidad. Esa idea pudo ser cierta mientras estuvo vigente el paradigma del Estado legal de Derecho; hoy, en cambio, es inaceptable. El cambio de paradigma, el paso del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de derecho, ha cambiado radicalmente las cosas. Las reglas, que en cuanto razones perentorias para la acción hacen innecesario el razonamiento porque ellas mismas han resuelto de antemano el conflicto de intereses que plantea el supuesto de hecho que regulan, han cedido su anterior protagonismo a los principios, cuya aplicación reclama inexcusablemente un esfuerzo de ponderación y, por lo tanto, de argumentación racional para encontrar una solución del caso que ya no viene dada de antemano y que, por lo tanto, sólo puede sostenerse sobre la base de razones, de las razones que se revelen más fuertes en su inevitable confrontación con las que se les opongan en el concreto escenario procesal en el que el conflicto se plantee." FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón "Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial", Ed. Iustel, Madrid, 2005, pág. 131 y 132.

⁴⁹ Sobre el carácter de la presunción bajo las reglas de la experiencia el tratadista Gustavo Humberto Rodríguez manifestó: "La presunción como regla de experiencia. – La acción humana va siempre acompañada de conocimiento. El hombre conoce la realidad en la cual actúa, por medio de dos instrumentos: la experiencia y la ciencia. Con la experiencia conoce empíricamente, objetivamente, llevando por la observación a que se ve impelido por la acción. Con la ciencia sistematiza sus conocimientos, profundiza críticamente en ellos, los verifica y los explica metódicamente. El análisis empírico lo lleva a formular juicios de experiencia; el científico lo conoce a expresar juicios científicos, que serán absolutos mientras la misma ciencia no los desvirtúe. A su vez, los juicios o reglas de la experiencia, en virtud de ese carácter meramente empírico o práctico, solo expresan un conocimiento inconcluso o de probabilidad. **La experiencia es un conjunto de verdades de sentido común, dentro de las cuales hay muchos grados que lindan con el científico...**" (Gustavo Humberto Rodríguez. Presunciones. Pruebas Penales Colombianas Tomo II. Ed. Temis, Bogotá 1970 pag 127 y s.s. Quiceno Álvarez Fernando. Indicios y Presunciones. Compilación y Extractos. Editorial Jurídica Bolivariana. Reimpresión 2002) (negrilla de la Sala)

profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad.

En consecuencia, establecer y fijar la condena –en la parte resolutive de la sentencia en salarios mínimos mensuales legales vigentes - no constituye un capricho del juzgador, ni supone el desconocimiento del artículo 178 del C.C.A., norma aplicable única y exclusivamente a las decretadas en sumas líquidas de dinero, es decir, en pesos colombianos, toda vez que esa circunstancia garantiza y permite que al momento del pago –que de conformidad con el artículo 177 del C.C.A. puede estar diferido en el tiempo por aspectos presupuestales - la condena mantenga su actualidad y, por lo tanto, no se altere o afecte en virtud de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda⁵⁰.

En este punto son ilustrativas las consideraciones plasmadas por el insigne profesor Fernando Hinestrosa, en la aclaración de voto realizada frente a la sentencia del 25 de febrero de 1982, proferida en el proceso radicado con el número 1651, oportunidad en la que con particular *sindéresis* expresó:

“(…) Igualmente pienso que, no obstante el efecto práctico valioso de la tesis de actualizar la suma del código penal de 1936, por la vía de la conversión monetaria o de su conversión en oro o en el precio del oro, empleada con valor, imaginación y argumentos especiosos, en su orden, por la Corte y el Consejo de Estado, para superar la limitación y la exigüidad de la condena por daño moral, atado al art. 95 de dicho código, las jurisdicciones contencioso administrativa y

⁵⁰ Y, si bien a lo largo de la jurisprudencia del Consejo de Estado algunos Magistrados han profesado la interpretación contraria, lo cierto es que la misma siempre ha sido minoritaria, de modo que el contenido y alcance del artículo 178 del C.C.A., se ha restringido o limitado a los perjuicios materiales que son fijados, como se ha señalado, en sumas líquidas de dinero. En efecto, uno de los representantes de la posición minoritaria fue el Conjuez Hugo Palacios Mejía, quien en un salvamento de voto del expediente No. 9764, precisó: “Por fortuna, no puede decirse hoy, como se dijo en 1978, que no existe antecedente legislativo que indique cómo debe actualizarse las condenas. En efecto, el artículo 178 del código Contencioso Administrativo es terminante al prescribir que: “La liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencias de la jurisdicción en lo contencioso administrativo deberá efectuarse en todos los casos, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y cualquier ajuste de dichas condenas solo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor. // “La manera de hacer el ajuste de valor en las condenas debe ser, pues, por medio del índice de precios al consumidor, o al por mayor, según haya solicitado y justificado el demandante. El artículo 106 del código penal, como dijo el Consejo de Estado en la sentencia arriba citada, solo es aplicable por extensión o analogía. El artículo 178, en cambio tiene aplicación directa en estos procesos. En síntesis, a mi juicio, la forma correcta de aplicar los artículos 106 del código penal, y 178 del código contencioso administrativo, que no son contradictorios sino complementarios, consiste en determinar el valor que tenían 100 gramos oro en 1980, y actualizar ese valor, expresado en pesos, utilizando para hacer la actualización el índice de precios al consumidor, y no el precio del oro”.

civil no necesitan ni de esas muletas ni de esos circunloquios para administrar justicia en el campo de la responsabilidad por encuentro social ocasional o aun contractual o por incumplimiento de una obligación, cualquiera que sea la fuente de ésta, en lo atañadero al daño moral.

“(...)

Es muy comprensible el temor, el sagrado temor a equivocarse que debe estar siempre presente en la conciencia del juzgador, que asalta al juez para decir, según su convicción personal, la cuantía exacta de la condena por daño moral. En especial, por tratarse de apreciar los sentimientos ajenos, para lo cual, indefectiblemente ha de emplear o le cabe emplear el patrón propio: cada cual juzga y aprecia el sentimiento –dolor - ajeno procurando colocarse en el lugar del otro, con riesgos de conmoverse en demasía o de ser en exceso duro. Empero, es deber del juez superar esas cohibiciones, y cuando se trata de las máximas corporaciones jurisdiccionales, sentar las pautas, inclusive con audacia.

“(...)

“En fin, el remitirse al oro, directamente o en su valor en moneda nacional, se me antoja caprichoso e infundado económica y políticamente. El oro dejó de ser mucho ha moda (sic) o respaldo de papel moneda. Ya no es siquiera unidad o medida de cuenta. Es una mercancía y una mercancía de especulación: baste ver las oscilaciones bruscas y enormes de su precio en el mercado internacional: en el curso del último año, en comprobación de este comentario, el precio de la onza troy llegó a estar próximo a los ochocientos dólares para descender últimamente a trescientos sesenta, por influjo de las situaciones y conflictos de la política internacional, que no de la economía, y de la actitud de determinados gobiernos que constituyen sus reservas en oro y no en divisas, con lo cual resultan muy sensibles a las variaciones del precio de aquel. Todo lo cual hace más azarosa la remisión al oro o al precio del oro como medida del monto de la indemnización del daño moral.

“Conviene pues la afirmación de la discrecionalidad de la jurisdicción contencioso administrativa, igual que la civil, para aceptar la presencia de un daño moral y graduar la magnitud individual de su reparación, con fundamento en el buen sentido y en hechos ciertos sobre las circunstancias de víctimas directa e indirecta de la agresión, derechamente en moneda corriente, muy sobre el caso y su prueba, de donde podrá surgir para examen retrospectivo, una visión estadística, y no a la inversa, sobre tablas arbitrarias en cuanto abstractas, o por cauces de sentimentalismo...”

En ese orden de ideas, la Sala insiste en su jurisprudencia según la cual, en aras de respetar el principio de igualdad, es imperativo que se haga la conversión automática de gramos oro –de la condena de primera instancia - a salarios mínimos, según la cual 1.000 gramos de oro corresponden a 100 SMMLV.

Ahora bien, científicamente, ese tipo de pérdidas es conocida como duelo, que se caracteriza por tener un componente de aflicción o dolor, el cual la doctrina médica ha definido en cuanto a su contenido y alcance en los siguientes términos:

“El duelo (la pérdida de alguien a quien la persona siente cercana y el proceso de ajustarse a ésta) afecta prácticamente todos los aspectos de la vida de un sobreviviente. A menudo, el duelo acarrea un cambio de estatus y de papel (por ejemplo, de esposa a viuda o de hijo o hija a huérfano). También tiene consecuencias sociales y económicas (la pérdida de amigos y en ocasiones de ingreso). En primer lugar se presenta la aflicción, que es la respuesta emocional experimentada en las primeras fases del duelo.

“La aflicción, al igual que la muerte es una experiencia personal. La investigación actual ha cuestionado las nociones previas de un solo patrón “normal” de aflicción y un programa “normal” de recuperación. El hecho de que una viuda hablara con su difunto marido era considerado como una señal de perturbación emocional, que ahora se reconoce como una conducta común y útil (Luna, 1993b). Aunque algunas personas se recuperan con bastante rapidez después del duelo otras nunca lo hacen”.⁵¹

Las reglas de la experiencia, y la práctica científica⁵² han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo, presunción que se hace extensiva inclusive a los abuelos y nietos, razón por la cual se modificará en este sentido la providencia impugnada para reconocer perjuicios morales a favor de estos últimos.

Así las cosas, como en el *sub judice* la demandada no desvirtuó la presunción de aflicción, habrá que decretar el perjuicio solicitado, según los porcentajes avalados por la Sala, para cada uno de los demandantes, en los valores que se indican a continuación:

⁵¹ PAPALIA Diane E., Wendkos Olds Rally y Duskin Feldman Ruth. Desarrollo Humano. Ed. Mc Graw Hill. Novena Edición. Méjico D.F. 2004. pag. 766 y s.s.

⁵² Fernández Liria, B. Rodríguez Vega. Intervenciones sobre problemas relacionados con el duelo para profesionales de Atención Primaria: El proceso del duelo. Universidad Autónoma de Madrid. [Http://www.medicinadefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf](http://www.medicinadefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf) “Aunque es difícil establecer inequívocamente relaciones causa-efecto, numerosos estudios han relacionado las pérdidas de diverso tipo con alteraciones de la salud¹. Hoy se acepta generalmente que en torno a un tercio de los pacientes que acuden a las consultas de Atención Primaria presentan problemas de salud mental que requerirían algún tipo de tratamiento y, aproximadamente una cuarta parte del total presenta problemas que podrían considerarse relacionados con algún tipo de pérdida¹.”

Felisa Llano de González (esposa)	100 SMMLV
Rafael Antonio González (hijo)	100 SMMLV
Gustavo de Jesús González (hijo)	100 SMMLV
Miguel Ángel González (hija)	100 SMMLV
María Teresa Gonzáles (hija)	100 SMMLV
Gabriela del Socorro González (hija)	100 SMMLV
Jairo Alfonso González Atehortúa (nieto)	100 SMMLV
María Alejandra Gómez González (nieta)	100 SMMLV
Johan Sebastián Méndez González (nieto)	100 SMMLV
Yuli Yoana González Valdéz (nieta)	100 SMMLV

6.2. *Perjuicios Materiales (lucro cesante)*: la Sala se limitará a actualizar a valor presente, la condena decretada a favor de Felisa Llano de González por este concepto para lo cual se empleará la fórmula fijada por la jurisprudencia de esta Corporación, según la cual, la renta actualizada (Ra) es igual a la renta histórica (Rh) multiplicada por la división entre el índice de precios al consumidor final (esto es el vigente al momento de esta providencia), sobre el IPC inicial, que para el caso corresponde al 30 de abril de 2001, fecha en que fue proferida la sentencia de primera instancia.

Actualización de la renta:

$$Ra = Rh \frac{Ipc (f)}{Ipc (i)}$$

Lucro cesante consolidado:

$$Ra = \$16.409.078 \frac{109,9}{65,51} = \mathbf{\$27.527.975,00}$$

Lucro cesante futuro:

$$Ra = \$2.411.457 \frac{109,9}{65,51} = \$4.045.475,00$$

7. Condena en costas

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas a las partes de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

Primero. Modifícase la sentencia consultada, esto es, la proferida el 30 de abril de 2001, por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Antioquia, Caldas y Chocó, la cual quedará así:

“Primero. Decláranse probadas las excepciones de indebida notificación y de falta de legitimación en la causa por pasiva, frente al municipio de Yalí y el Departamento de Antioquia - Servicio Seccional de Salud, respectivamente.

“Segundo. Se absuelve al Hospital General de Medellín - Luz Castro de Gutiérrez.

“Tercero. Se absuelve a los llamados en garantía.

“Cuarto. Declárase al Hospital la Misericordia del municipio de Yalí E.S.E., patrimonialmente responsable de los perjuicios causados con la muerte de Alfonso González Medina.

“**Quinto.** Como consecuencia de la declaración anterior, **condénase** al Hospital la Misericordia del municipio de Yalí E.S.E., a pagar las siguientes sumas de dinero, por concepto de perjuicios morales:

Felisa Llano de González (esposa)	100 SMMLV
Rafael Antonio González (hijo)	100 SMMLV
Gustavo de Jesús González (hijo)	100 SMMLV
Miguel Ángel González (hija)	100 SMMLV
María Teresa Gonzáles (hija)	100 SMMLV
Gabriela del Socorro González (hija)	100 SMMLV
Jairo Alfonso González Atehortúa (nieto)	100 SMMLV
María Alejandra Gómez González (nieta)	100 SMMLV
Johan Sebastián Méndez González (nieto)	100 SMMLV
Yuli Yoana González Valdéz (nieta)	100 SMMLV

“**Sexto.** Por concepto de perjuicios materiales, **condénase** al Hospital la Misericordia del municipio de Yalí E.S.E., a pagar la suma de treinta y un millones quinientos setenta y tres mil cuatrocientos cincuenta pesos m/cte (\$31'573.450,00), a favor de la señora Felisa Llano de González.

“**Séptimo. Deniéganse** las demás súplicas de la demanda.

Segundo. Dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

Tercero. Cumplido lo anterior, por Secretaría, **remítase** el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

OLGA VALLE DE LA HOZ
Presidenta de la Sala

ENRIQUE GIL BOTERO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

